المغني

تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة المتوفى سنة ٦٣٠هـ
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي المتوفى سنة ٣٣٤هـ

ويليه

الشرح الكبير

على متن المقنع، تأليف الشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد ابن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢ هـ كلاهما على مذهب امام الأئمة (أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني) مع بيان خلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضي الله عنهم

الجزء السابع

(تنبيه) وضعنا كتاب المغني في أعلى الصحائف والشرح الكبير في أدناها مفصولا بينهما بخط عرضي

دار الكتب العلمية

بيروت . لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الفرائض

روى أبو داود باسناده عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال « العلم ثلاثة وما سوى ذلك فهو فضل : آية محكمة وسنة قائمة وفريضة عادلة » وعن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال « تعلموا الفرائض وعلموه فانه نصف العلم وهو ينسى وهو أول شيء ينتزع من أمتي » أخرجه ابن ماجه . ويروى عن عبد الله أن النبي ﷺ قال « تعلموا الفرائض وعلموها الناس فاني امرؤ مقبوض وان العلم سيقبض حتى يختلف الرجلان في الفريضة فلا يجدان من يفصل بينهما » وروى سعيد عن جرير بن عبد الحميد عن الاعمش عن ابراهيم قال : قال عمر بن الخطاب رضي الله

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الفرائض

وهي قسمة المواريث روى أبو داود باسناده عن عبدالله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال « العلم ثلاثة وما سوى ذلك فهو فضل : آية محكمة وسنة قائمة وفريضة عادلة » وعن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال « تعلموا الفرائض وعلموه فانه نصف العلم وهو ينسى وهو أول شيء ينزع من أمتي » أخرجه ابن ماجه ويروى عن عبدالله أن النبي ﷺ قال « تعلموا الفرائض وعلموه الناس فاني امرؤ مقبوض وان العلم سيقبض حتى يختلف الرجلان في الفريضة فلا يجدان من يفصل بينهما » وروى سعيد عن جرير بن عبدالحميد عن الاعمش عن ابراهيم قال قال عمر تعلموا الفرائض فانها من دينكم وعن جرير عن عاصم الاحول عن مورق العجلي قال قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه تعلموا الفرائض واللحن والسنة كما تعلمون القرآن وقال ثنا أبو الأحوص ثنا أبو اسحاق عن أبي الاحوص عن عبد الله قال من تعلم القرآن فليتعلم

عنه : تعلموا الفرائض فانها من دينكم، وعن جرير عن عاصم الاحول عن مورق العجلي قال قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه تعلموا الفرائض واللحن والسنة كما تعلمون القرآن . وقال حدثنا أبو الاحوص أخبرنا ابو اسحاق عن أبي الاحوص عن عبد الله قال : من تعلم القرآن فليتعلم الفرائض

وروى جابر بن عبدالله قال : جاءت امرأة سعد بن الربيع الى رسول الله ﷺ بابنتيها من سعد فقالت يارسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك في أحد شهيداً وان عمهما أخذ مالهما ولا ينكحان الا ولهما مال قال فنزلت آية الميراث فأرسل رسول الله ﷺ الى عمهما فقال « اعط ابنتي سعد الثلثين وأمهما الثمن وما بقي فهو لك » رواه أحمد في مسنده

﴿مسئلة﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (ولا يرث أخ ولا أخت لأب وأم أو لأب مع ابن ولا مع ابن ابن وان سفل ولا مع أب)

أجمع أهل العلم على هذا بحمد الله وذكر ذلك ابن المنذر وغيره ، والاصل في هذا قول الله تعالى (يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ماترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد) الآية . والمراد بذلك الاخوة والاخوات من الابوين أومن الاب بلا خلاف بين أهل العلم ، ولانه قال وهو يرثها ان لم يكن لها ولد وهذا حكم العصبة واقتضت الآية أنهم لايرثون مع الولد والوالد لان الكلالة من لا ولد له ولا والد، خرج من ذلك البنات والام لقيام الدليل على ميراثهم معهما بقي ماعداها على ظاهره، فيسقط ولد الابوين ذكرهم وأنثاهم بثلاثة بالابن وابن الابن

الفرائض وروى جابر بن عبد الله قال جاءت امرأة سعد بن الربيع الى رسول الله ﷺ بابنتيها من سعد فقالت يارسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك في أحد شهيداً وان عمهما أخذ مالها ولا ينكحان الا ولهما مال فنزلت آية الميراث فارسل رسول الله ﷺ الى عمهما فقال « أعط ابنتي سعد الثلثين وأمهما الثمن وما بقي فهو لك » رواه الامام أحمد في مسنده ورواه الترمذي وأبو داود

﴿مسئلة﴾ (وأسباب التوارث ثلاثة رحم ونكاح وولاء لا غير)

لان الشرع ورد بالتوارث بها بقوله تعالى (وأولو الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله) وقوله سبحانه (يوصيكم الله في أولادكم) وقوله (ولكم نصف ما ترك ازواجكم - ولهن الربع مما تركتم) الآية وقول النبي ﷺ « انما الولاء لمن أعتق » وعنه انها تثبت بالموالاة والمعاقدة لقول الله تعالى (والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم) والموالاة كالمعاقدة وباسلامه على يديه روي ذلك عن عمر رضي الله عنه لما روى راشد بن سعيد قال قال رسول الله ﷺ « من أسلم على يديه رجل فهو مولاه ويرثه ويدي عنه » رواه سعيد وروى أبو امامة عن النبي ﷺ انه قال « من أسلم على يده رجل فهو مولاه يرثه ويدي عنه » وعن تميم الداري انه قال يا رسول الله ما السنة في الرجل يسلم على يدي الرجل من المسلمين؟ فقال « هو اولى الناس بمحياه ومماته » رواه سعيد في سننه ورواه الترمذي وقال لا اظنه متصلا

وان سفل وبالاب، ويسقط ولد الاب بهؤلاء الثلاثة وبالاخ من الابوين لما روي عن علي عليه السلام أن رسول الله ﷺ قضى بالدين قبل الوصية ولأن أعيان بني الام يتوارثون دون بني العلات يرث الرجل أخاه لأبيه وأمه دون أخيه لابيه . أخرجه الترمذي

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يرث أخ ولا أخت لأم مع ولد ذكراً كان الولد أو أنثى ولا مع ولد الابن ولا مع أب ولا مع جد)

وجملة ذلك أن ولد الام ذكرهم وأنثاهم يسقطون بأربعة بالولد وولد الابن والاب والجد أب الاب وان علا ، أجمع على هذا أهل العلم فلا نعلم أحداً منهم خالف هذا الا رواية شذت عن ابن عباس في أبوين وأخوين لأم للام الثلث وللاخوين الثلث، وقيل عنه لهما ثلث الباقي وهذا بعيد جداً قال ابن عباس يسقط الاخوة كلهم بالجد فكيف يورث ولد الام مع الاب ؟ ولا خلاف بين أهل العلم في أن ولد الام يسقطون بالجد فكيف يرثون مع الاب؟ والاصل في هذه الجملة قول الله تعالى (وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس ، فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) والمراد بهذه الآية الاخ والاخت من الام باجماع أهل العلم، وفي قراءة سعد بن أبي وقاص وله أخ أو أخت من أم، والكلالة في قول الجمهور من ليس له ولد ولا والد فشرط في توريثهم عدم الولد والوالد، والولد يشمل الذكر والانثى والوالد يشمل الاب والجد

ولنا قول النبي ﷺ « إنما الولاء لمن أعتق » فأما أحاديثهم فحديث راشد مرسل وحديث أبي امامة فيه معاوية الصدفي وهو ضعيف ، وحديث تميم ليس بصريح في الميراث وقيل يثبت بكونهما من أهل الديوان ولا عمل عليه ، وهذا كان في بدء الاسلام ثم نسخ بقوله تعالى (وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله)

(فصل) إذا مات الانسان بدىء بتكفينه وتجهيزه مقدماً على ما سواه كما يقدم المفلس بنفقته على ما سواه ، ثم تقضى ديونه لقوله سبحانه (من بعد وصية يوصى بها أودين) قال علي رضي الله عنه ان رسول الله ﷺ قضى أن الدين قبل الوصية ولان الدين تستغرقه حاجته فقدم كمؤنة تجهيزه ثم تنفذ وصيته للآية ثم ما بقي قسم على الورثة للآيات الثلاث المذكورة في سورة النساء

﴿ مسئلة ﴾ (والمجمع على توريثهم من الذكور عشرة: الابن وابنه وان نزل والاب وأبوه وان علا والاخ من كل جهة وابن الاخ من الام والعم وابنه كذلك والزوج ومولى النعمة ، ومن النساء سبع: البنت وبنت الابن والام والجدة والاخت والمرأة ومولاة النعمة)

أكثر هؤلاء ثبت توريثهم بالكتاب والسنة، فالابن والبنت ثبت ميراثهما بقوله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين ويدخل في ذلك ولد الابن والابوان بقوله تعالى (ولأبويه لكل واحد منهما السدس

(فصل) اختلف أهل العلم في الكلالة فقيل: الكلالة اسم للورثة ماعدا الوالدين والمولودين نص احمد على هذا، وروي عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال: الكلالة من عدا الولد والوالد واحتج من ذهب الى هـذا بقول الفرزدق في بني أمية

ورثتم قناة المجد لا عن كلالة عن ابني مناف عبد شمس وهاشم

واشتقاقه من الاكليل الذي يحيط بالرأس ولا يعلو عليه فكأن الورثة ماعدا الولد والوالد قد أحاطوا بالميت من حوله لا من طرفيه أعلاه وأسفله كاحاطة الا كليل بالرأس فأما الوالد والولد فهما طرفا الرجل فاذا ذهبا كان بقية النسب كلالة قال الشاعر

فكيف بأطرافي اذا ماشتمتني وما بعد شتم الوالدين صلوح

وقالت طائفة الكلالة اسم للميت نفسه الذي لاولد له ولا والد يروى ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود، وقيل الكلالة قرابة الام واحتجوا بقول الفرزدق الذي أنشدناه عنى انكم ورثتم الملك عن آبائكم لا عن أمهاتكم، ويروى عن الزهري أنه قال الميت الذي لا ولد له ولا والد كلالة ويسمى وارثه كلالة والآيتان في سورة النساء والمراد بالكلالة فيهما الميت ولا خلاف في أن اسم الكلالة يقع على الاخوة من الجهات كلها، وقد دل على صحة ذلك قول جابر يارسول الله كيف الميراث؟ انما يرثني كلالة فجعـل الوارث هو الكلالة ولم يكن لجابر يومئذ ولد ولا والد، وممن ذهب الى أنه يشترط في الكلالة عدم الولد والوالد زيد وابن عباس وجابر بن زيد والحسن وقتادة والنخعي وأهل المدينة

والجد يحتمل أن يتناوله هذا النص كما دخل ولد الابن في عموم أولادكم، والاخ والاخت من الابوين أو الاب ثبت ارثهما بقوله سبحانه (وله اخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد) والاخ والاخت من الام ثبت ارثهما بقوله تعالى (وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس وأما ابن الاخ للابوين أو للاب والعم وابنه وعم الاب وابنه فثبت ميراثهم بقول النبي ﷺ «ما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر» ولم يدخل فيهم ولد الام ولا العم للام ولا ابنه ولا الخال ولا أبو الام لانهم ليسوا من العصبات. وأما المولى المعتق والمولاة فثبت ارثهما بقوله عليه الصلاة والسلام «انما الولاء لمن أعتق» والجدة أطعمها رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس، والزوج ثبت ارثه بقوله تعالى (ولكم نصف ماترك أزواجكم) والزوج بقوله تعالى (ولهن الربع مما تركتم) الآية، وجميعهم ذووا فرض وعصبة فالذكور كلهم عصبات الا الزوج والاخ من الام والاب والجد مع الابن، والاناث كلهن اذا انفردن عن اخوتهن ذوات فروض الا المعتقة والا الاخوات مع البنات. ومن لا يسقط بحال خمسة: الزوجان والابوان وولد الصلب لانهم يمتون بأنفسهم من غير واسطة بينهم وبين الميت يحجبهم، ومن سواهم من الوارث انما يمت بواسطة سواه فيسقط بمن هو أولى بالميت منه

﴿ مسئلة ﴾ (والوارث ثلاثة ذوو فرض وعصبات وذوو رحم.)

والبصرة والكوفة ، ويروى عن ابن عباس أنه قال الكلالة من لا ولد له ، ويروى ذلك عن عمر والصحيح عنهما كقول الجماعة

﴿مسئلة﴾ قال (والأخوات مع البنات عصبة لهن مافضل وليست لهن معهن فريضة مسماة)

العصبة هو الوارث بغير تقدير واذا كان معه ذو فرض أخذ مافضل عنه قل أو كثر وان انفرد أخذ الكل ، وان استغرقت الفروض المال سقط ، والمراد بالاخوات ههنا الاخوات من الابوين او من الاب لانه قد ذكر أن ولد الام لاميراث لهم مع الولد وهذا قول عامة أهل العلم يروى ذلك عن عمر وعلي وزيد وابن مسعود ومعاذ وعائشة رضي الله عنهم واليه ذهب عامة الفقهاء الا ابن عباس ومن تابعه فانه يروى عنه أنه كان لايجعل الاخوات مع البنات عصبة فقال في بنت واخت : للبنت النصف ولا شيء للاخت فقيل له ان عمر قضى بخلاف ذلك جعل للاخت النصف فقال ابن عباس أنتم أعلم أم الله؟ يريد قول الله سبحانه (ان امرؤ هلك ليس له ولد وله اخت فلها نصف ماترك) فانما جعل لها الميراث بشرط عدم الولد، والحق فيما ذهب اليه الجمهور فان ابن مسعود قال في بنت و بنت ابن وأخت لأقضين فيها بقضاء رسول الله ﷺ للبنت النصف ولبنت الابن السدس ومابقي فللاخت رواه

باب ميراث ذوي الفروض

وهم عشرة الزوجان والابوان والجد والجدة والبنت وبنت الابن والاخت من كل جهة والاخ من الام فللزوج النصف إذا لم يكن للميتة ولد ولا ولد ابن والربع اذا كان معه أحدهما، وللزوجة الربع مع عدم الولد وولد الابن والثمن مع أحدهما ، وهذا اجماع من أهل العلم لقول الله تعالى (ولكم نصف ماترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين) وولد الابن ولد بدليل قوله تعالى يابني آدم ويابني اسرائيل وانما جعل لجماعة الزوجات مثل الواحدة لانه لو جعل لكل واحدة الربع وهن أربع لأخذن جميع المال وزاد فرضهن على فرض الزوج ، ومثل هذا في الجدات للجماعة مثل ما للواحدة لانه لو أخذت كل واحدة السدس لأخذن النصف إذا كن ثلاثة وزدن على ميراث الجد . فأما سائر أصحاب الفروض كالبنات وبنات الابن والاخوات المتفرقات كلهن فان لكل جماعة منهن مثل ما للابنتين على ما يذكر في موضعه وزدن على فرض الواحدة لان الذكر الذي يرث في درجتهن لا فرض له الا ولد الام فان ذكرهم واناثهم سواء لانهم يرثون بالرحم وقرابة الأم المجردة .

البخاري وغيره واحتجاج ابن عباس لا يدل على ماذهب اليه بل يدل على أن الاخت لا يفرض لها النصف مع الولد ونحن نقول به فان ما تأخذه مع البنت ليس بفرض وانما هو بالتعصيب كميراث الاخ وقد وافق ابن عباس على ثبوت ميراث الاخ مع الولد مع قول الله تعالى (وهو يرثها ان لم يكن لها ولد) وعلى قياس قوله ينبغي أن يسقط الاخ لاشتراطه في توريثه منها عدم ولدها وهو خلاف الاجماع ثم ان النبي ﷺ وهو المبين لكلام الله تعالى قد جعل للاخت مع البنت وبنت الابن الباقي عن فرضهما وهو الثلث ولو كانت ابنتان وبنت ابن لسقطت بنت الابن وكان للاخت الباقي وهو الثلث فان كان معهم أم فلها السدس ويبقى للاخت السدس فان كان بدل الام زوج فالمسئلة من اثني عشر للزوج الربع وللابنتين الثلثان ويبقى للاخت نصف السدس فان كان معهم ام عالت المسئلة وسقطت الاخت

﴿ مسئلة ﴾ قال (وبنات الابن بمنزلة البنات إذا لم يكن بنات)

أجمع أهل العلم على أن بنات الابن بمنزلة البنات عند عدمهن في ارثهن وحجبهن لمن يحجبه البنات وفي جعل الاخوات معهن عصبات وفي أنهن اذا استكملن الثلثين سقط من أسفل منهن من بنات الابن وغير ذلك ، والاصل في ذلك قول الله عز وجل (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك) وولد البنين أولاد قال الله تعالى (يابني آدم) يخاطب

(فصل) قال رضي الله عنه (وللأب ثلاثة أحوال حال يرث فيها بالفرض المجرد وهي مع ذكور الولد أو ولد الابن ويرث السدس والباقي للابن ومن معه)

لا نعلم في هذا خلافا لقول الله تعالى (ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) (وحال) يرث فيها بالتعصيب المجرد وهي مع عدم الولد وولد الابن فيأخذ المال ان انفرد ، وان كان معه ذو فرض غير الولد كزوج أو أم أو جدة فلذي الفرض فرضه وباقي المال له لقول الله تعالى (فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث) أضاف الميراث اليهما ثم جعل للام الثلث فكان الباقي للاب ثم قال (فان كان له اخوة فلأمه السدس) فجعل للام مع الاخوة السدس ولم يقطع إضافة الميراث الى الابوين ولا ذكر للاخوة ميراثا فكان الباقي كله للاب (الحال الثالث) يجتمع له الفرض والتعصيب وهي مع اناث الولد أو ولد الابن فيأخذ السدس لقوله تعالى (ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) ولهذا كان للام السدس مع البنت اجماعا ثم يأخذ ما بقي بالتعصيب لما روى ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الحقوا الفرائض باهلها فما بقي فلاولى رجل ذكر » متفق عليه والاب أولى رجل بعد الابن وابنه وهذا كله مجمع عليه ليس فيه خلاف نعلمه

(فصل) (قال وللجد ثلاثة أحوال الاب الثلاثة إلا أنه يسقط بالاب لا يدلي به ويسقط عن رتبة الاب في زوج وابوين وامرأة وأبوين فيفرض للام فيهما ثلث جميع المال وله حال رابع مع الاخوة

بنك أمة محمد ﷺ وقال (يابني اسرائيل) يخاطب بذلك من في عصر النبي ﷺ منهم ، وقال الشاعر

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الاباعد

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان كن بنات وبنات ابن فللبنات الثلثان وليس لبنات الابن شيء الا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الانثيين)

أجمع أهل العلم على أن فرض الابنتين الثلثان الا رواية شاذة عن ابن عباس ان فرضهما النصف لقول الله تعالى (فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك) فمفهومه ان مادون الثلاث ليس لهما الثلثان، والصحيح قول الجماعة فان النبي ﷺ قال لأخي سعد بن الربيع « أعط ابنتي سعد الثلثين » وقال الله تعالى في الاخوات (فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك) وهذا تنبيه على أن للبنتين الثلثين لأنهما أقرب ولان كل من يرث الواحد منهم النصف فللاثنتين منهم الثلثان كالاخوات من الابوين والاخوات من الاب وكل عدد يختلف فرض واحدهم وجماعتهم فللاثنين منهم مثل فرض الجماعة كولد الام والاخوات من الابوين أو من الاب فأما الثلاث من البنات فمازاد فلاخلاف في أن فرضهن الثلثان وانه ثابت بقول الله تعالى (فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ماترك)

والاخوات من الابوين والاب فانه يقاسمهم كأخ إلا أن يكون الثلث خيراً له فيأخذه والباقي لهم، فان كان معهم ذو فرض أخذ فرضه ثم للجد الأحظ من المقاسمة كأخ أو ثلث الباقي أو سدس جميع المال وسوف نذكر الاختلاف فيه إن شاء الله تعالى، فروى أبو داود باسناده عن عمران بن حصين أن رجلا أتى النبي ﷺ فقال إن ابن ابني مات فمالي من ميراثه ؟ قال لك السدس فلما أدبر دعاه فقال ان لك سدساً آخر فلما أدبر دعاه فقال إن لك السدس الآخر طعمة » قال قتادة فلا ندري مع أي شيء ورثه قال قتادة أقل شيء ورث الجد السدس وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال أيكم يعلم ماورث رسول الله صلى الله عليه وسلم الجد؟ فقال معقل بن يسار أنا ورثه رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس قال مع من؟ قال لا أدري قال لا دريت فما يغني إذا رواه سعيد في سننه . قال أبو بكر بن المنذر أجمع أهل العلم من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على ان الجد ابا الأب لا يحجبه عن الميراث غير الاب. وأنزلوا الجد في الحجب والميراث منزلة الاب في جميع المواضع إلا في ثلاثة أشياء (احدها) زوج وأبوان (والثانية) زوجة وابوان للأم ثلث الباقي فيهما مع الاب وثلث جميع المال مع الجد (والثالثة) اختلفوا في الجد مع الاخوة والاخوات للابوين أو للأب ولا خلاف بينهم في اسقاط بني الاخوة وولد الام ذكرهم وأنثاهم، فذهب الصديق رضي الله عنه إلى أن الجد يسقط جميع الاخوة والاخوات من جميع الجهات كما يسقطهم الأب وبه قال ابن عباس وابن الزبير وروي ذلك عن عثمان وعائشة وأبي بن كعب وابي الدرداء ومعاذ بن جبل وابي موسى وأبي هريرة رضي الله عنهم، وحكي ايضاً عن عمران بن حصين وجابر بن عبدالله وابي

واختلف فيما ثبت به فرض الابنتين فقيل ثبت بهذه الآية والتقدير : فان كن نساء اثنتين وفوق صلة كقوله (فاضربوا فوق الاعناق) أي اضربوا الاعناق . وقد دل على هذا ان النبي ﷺ حين نزلت هذه الآية أرسل إلى أخي سعد بن الربيع «اعط ابنتي سعد الثلثين» وهذا من النبي ﷺ تفسير للآية وبيان لمعناها واللفظ إذا فسر كان الحكم ثابتا بالمفسر لا بالتفسير ويدل على ذلك أيضا ان سبب نزول الآية قصة بنتي سعد بن الربيع وسؤال امهما عن شأنهما في ميراث أبيهما، وقيل بل ثبت بهذه السنة الثابتة وقيل بل ثبت بالتنبيه الذي ذكرناه وقيل بل ثبت بالاجماع وقيل بالقياس ، وفي الجملة فهذا حكم قد أجمع عليه وتواردت عليه الادلة التي ذكرناها كلها فلا يضرنا أيها أثبته، وأجمع أهل العلم على أن بنات الصلب متى استكملن الثلثين سقط بنات الابن مالم يكن بازائهن أو أسفل منهن ذكر يعصبهن وذلك لان الله تعالى لم يفرض للاولاد اذا كانوا نساء الا الثلثين قليلات كن أو كثيرات وهؤلاء لم يخرجن عن كونهن نساء من الاولاد وقد ذهب الثلثان لولد الصلب فلم يبق لهن شيء ولا يمكن أن يشاركن بنات الصلب لانهن دون درجتهن فان كان مع بنات الابن ابن في درجتهن كأخيهن أو ابن عمهن أو أنزل منهن كابن أخيهن أو ابن ابن عمهن أو ابن ابن ابن عمهن عصبهن في الباقي فجعل بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وهذا قول عامة العلماء : يروى ذلك عن علي وزيد وعائشة رضي الله عنهم وبه قال مالك والثوري والشافعي رضي الله عنهم وإسحاق وأصحاب الرأي وبه قال سائر الفقهاء الا ابن

الطفيل وعبادة بن الصامت وعطاء وطاوس وجابر بن زيد وبه قال قتادة واسحاق وابو ثور ونعيم ابن حماد وأبو حنيفة والمزني وابن شريح وابن اللبان وداود وابن المنذر وكان علي بن أبي طالب وابن مسعود وزيد بن ثابت يورثونهم معه ولا يحجبونهم به وبه قال مالك والاوزاعي والشافعي وأبو يوسف ومحمد لان الاخ ذكر يعصب اخته فلم يسقطه الجد كالابن ولان ميراثهم ثبت بالكتاب فلا يحجبون إلا بنص أو إجماع أو قياس وما وجد شيء من ذلك فلا يحجبون، ولأنهم تساووا في سبب الاستحقاق فيتساوون فيه ، فان الاخ والجد يدليان بالاب الجد أبوه والاخ ابنه وقرابة البنوة لا تنقص عن قرابة الابوة بل ربما كانت أقوى منها، فان الابن يسقط تعصيب الأب ولذلك مثله علي رضي الله عنه بشجرة انبتت غصناً فانفرق منه غصنان كل منهما أقرب منه إلى أصل الشجرة ، ومثله زيد بواد خرج منه نهر وانفرق منه جدولان كل واحد منهما إلى الآخر أقرب منه الى الوادي ، واحتج من ذهب مذهب أبي بكر رضي الله عنه بقول النبي صلى الله عليه وسلم «الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر» متفق عليه والجد أولى من الأخ بدليل المعنى والحكم ، اما المعنى فان له قرابة إيلاد وبعضية كالأب وأما الحكم فان الفروض إذا ازدحمت سقط الأخ دونه ولا يسقطه أحد إلا الاب، والأخ والاخوات يسقطون بثلاثة ،ويجمع له بين الفرض والتعصيب كالاب وهم ينفردون بواحد منهما ، ويسقط ولد الام،

مسعود ومن اتبعه فانه خالف الصحابة في ست مسائل من الفرائض هذه إحداهن فجعل الباقي للذكر دون اخواته وهو قول أبي ثور لان النساء من الاولاد لا يرثن أكثر من الثلثين بدليل ما لو انفردن وتوريثهن هنا يفضي إلى توريثهن أكثر من ذلك

ولنا قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) وهؤلاء يدخلون في عموم هذا اللفظ بدليل تناوله لهم لو لم يكن بنات، وعدم البنات لا يوجب لهم هـذا الاسم، ولان كل ذكر وأنثى يقتسمون المال اذا لم يكن معهم ذو فرض فيجب أن يقتسما الفاضل عنه كأولاد الصلب والاخوة مع الاخوات، وما ذكروه فهو في الاستحقاق للفرض، فأما في مسئلتنا فانهـا يستحقون بالتعصيب فكان معتبرا بأولاد الصلب والاخوة والاخوات ثم ويبطل ما ذكروه بما اذا خلف ابنا وست بنات فانهن يأخذن ثلاثة أرباع المال، وان كن ثمانيا أخذن أربعة أخماسه وان كن عشراً أخـذن خمسة أسداسه وكلما زدن في العدد زاد استحقاقهن

(فصل) وابن ابن الابن يعصب من في درجته من أخواته وبنات عمه وبنات ابن عم أبيه على كل حال، ويعصب من هو أعلى منه من عماته وبنات عم أبيه ومن فوقهن بشرط أن لا يكن ذوات فرض ويسقط من هو أنزل منه كبناته وبنات أخيه وبنات ابن عمه. فلو خلف الميت خمس بنات ابن بعضهن انزل من بعض لا ذكر معهن وعصبة كان للعليا النصف وللثانية السدس وسقط سائرهن والباقي للعصبة

وولد الاب يسقطون بهم بالاجماع إذا استغرقت الفروض المال وكانوا عصبة. وكذلك ولد الابوين في المشركة عند الاكثرين ولانه لا يقتل بقتل ابن ابنه ولا يحد بقذفه ولا يقطع بسرقة ماله وتجب عليه نفقته ويمنع من دفع زكاته اليه كالاب سواء فدل ذلك على قربه، فان قيل فالحديث حجة في تقديم الاخوات لان فروضهن في كتاب الله تعالى فيجب أن تلحق بهن فروضهن ويكون للجد ما بقي، فالجواب أن هذا الخبر حجة في الذكور المنفردين وفي الذكور مع الاناث أو نقول هو حجة في الجميع، ولا فرض لولد الاب مع الجد لانهم كلالة، والكلالة اسم للوارث مع عدم الولد والوالد فلا يكون لهم معه إذاً فرض. حجة أخرى قالوا الجد أب فيحجب ولد الاب كالاب الحقيقي، ودليل كونه أبا قوله تعالى (ملة أبيكم ابراهيم) وقول يوسف (واتبعت ملة آبائي ابراهيم واسحاق) وقوله (كما أتمها على أبويك من قبل ابراهيم واسحاق) وقال النبي صلى الله عليه وسلم «ارموا بني اسماعيل فان أباكم كان رامياً» وقال «سام أبو العرب وحام أبو الحبش» وقال «نحن بنو النضر بن كنانة لا نقفوا أمنا ولا ننتفي من أبينا» وقال الشاعر

انا بني نهشل لا ندعي لاب عنه ولا هو بالابناء يشرينا

فوجب أن يحجب الاخوة كالاب الحقيقي يحقق هذا أن ابن الابن وان سفل يقوم مقام ابنه في الحجب كذلك أبو الاب يقوم مقام ابنه ولذلك قال ابن عباس ألا يتقي الله زيد؟ يجعل ابن الابن

فان كان مع العليا أخوها أو ابن عمها فالمال بينهما على ثلاثة وسقط سائرهن ، فان كان مع الثانية عصبها وكان للعليا النصف والباقي بينه وبين الثانية على ثلاثة، فان كان مع الثالثة فللعليا النصف وللثانية السدس والباقي بينه وبين الثالثة على ثلاثة ، فان كان مع الرابعة فللعليا النصف وللثانية السدس والباقي بينه وبين الثالثة والرابعة على أربعة، فان كان مع الخامسة فالباقي بعد فرض الاولى والثانية بينه وبين الثالثة والرابعة والخامسة على خمسة وتصح من ثلاثين ، وان كان أنزل من الخامسة فكذلك ولا أعلم في هذا خلافا بين القائلين بثبوت تعصيب بنات الابن مع بني الابن بعد استكمال الثلثين

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان كانت ابنة واحدة وبنات ابن فلابنة الصلب النصف ، ولبنات الابن واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس تكملة الثلثين الا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الأنثيين)

في هذه المسألة ثلاثة أحكام (أحدها) ان للبنت الواحدة النصف ولا خلاف في هذا بين علماء المسلمين لقول الله تعالى (وان كانت واحدة فلها النصف) ولان النبي ﷺ قضى في بنت وبنت ابن وأخت ان للبنت النصف ولبنت الابن السدس وما بقي فللاخت

ابنا ولا يجعل أبا الاب أبا ولان بينهما إيلاداً وبعضية وجزئية وهو يساوي الاب في أكثر أحكامه فيساويه في هذا الحجب، يحققه أن أبا الاب وان علا يسقط بني الاخوة ولو كانت قرابة الاخ والجد واحدة لوجب أن يكون أبو الجد مساويا لبني الاخ لتساوي درجة من أدليابه ولا تفريع على هذا القول لوضوحه .

(فصل) واختلف القائلون بتوريثهم معه في كيفية توريثهم، فكان علي رضي الله عنه يفرض للاخوات فروضهن والباقي للجد إلا أن ينقصه ذلك من السدس فيفرضه له، فان كانت أخت لابوين واخوة لاب فرض للاخت النصف وقاسم الجد الاخوة فيما بقي إلا أن تنقصه المقاسمة من السدس فيفرضه له فان كان الاخوة كلهم عصبة قاسمهم الجد إلا السدس فان اجتمع ولد الاب وولد الابوين مع الجد سقط ولد الاب ولم يدخلوا في المقاسمة ولا يعتد بهم ، وان انفرد ولد الاب قاموا مقام ولد الابوين مع الجد، وصنع ابن مسعود في الجد مع الاخوات كصنع علي وقاسم به الاخوة إلى الثلث فان كان أصحاب الفرائض أعطي أصحاب الفرائض فرائضهم ثم صنع صنيع زيد في اعطاء الاحظ من المقاسمة أو ثلث الباقي أو سدس جميع المال، وعلي يقاسم به بعد أصحاب الفرائض إلا أن يكون أصحاب الفرائض بنتاً أو بنات فلا يزيد الجد على الثلث ولا يقاسم به، وقال بقول علي الشعبي والنخعي والمغيرة ابن مقسم وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وذهب الى قول ابن مسعود مسروق وعلقمة وشريح ، فأما مذهب زيد فهو الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح وذكره الخرقي وسنشرحه ان

(الثاني) أنه اذا كان مع البنت الواحدة بنت ابن أو بنات ابن فلبنت النصف ولبنات الابن واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس تكملة الثلثين وهذا أيضا مجمع عليه بين العلماء . والاصل فيه قول الله تعالى (فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وان كانت واحدة فلها النصف) ففرض البنات كلهن الثلثين وبنات الصلب وبنات الابن كلهن نساء من الاولاد فكان لهن الثلثان بفرض الكتاب لا يزدن عليه، واختصت بنت الصلب بالنصف لانه مفروض لها والاسم متناول لها حقيقة فيبقى البقية تمام الثلثين، ولهذا قال الفقهاء لهن السدس تكملة الثلثين ، وقد روى هزيل بن شرحبيل الاودي قال : سئل ابو موسى عن ابنة وابنة ابن وأخت فقال : للبنت النصف وما بقي فللاخت فأتى ابن مسعود وأخبره بقول أبي موسى فقال لقد ضللت اذاً وما أنا من المهتدين ولكن أقضي فيها بقضاء رسول الله ﷺ للبنت النصف ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين وما بقي فللاخت فأتينا أبا موسى فأخبرناه بقول ابن مسعود فقال لا تسألوني عن شيء ما دام الحبر فيكم متفق عليه بنحو من هذا المعنى

(الحكم الثالث) اذا كان مع بنات الابن ذكر في درجتهن فانه يعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الانثيين في قول جمهور الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم الا ابن مسعود فيمن تابعه فانه خالف الصحابة فيها وهذه المسئلة الثانية التي انفرد فيها عن الصحابة فقال لبنات الابن الاضر بهن من المقاسمة أو السدس فان كان السدس أقل مما يحصل لهن بالمقاسمة فرضه لهن وأعطى الباقي للذكر ، وان كان الحاصل لهن

شاء الله تعالى واليه ذهب أحمد وبه قال أهل المدينة والشام والثوري والاوزاعي والنخعي والحجاج بن ارطاة ومالك والشافعي وابو يوسف ومحمد بن الحسن وأبو عبيد وأكثر أهل العلم .

فذهب زيد في الجد مع الاخوة والاخوات للابوين أو للاب أنه يقاسمهم كاخ الا أن يكون ثلث المال أحظ له ، فان نقصته المقاسمة عن الثلث فله الثلث والباقي لهم ، فعلى هذا اذا كان معه اخوان أو أربع أخوات أو أخ وأختان فالثلث والمقاسمة سواء ، فان نقصوا عن ذلك فالمقاسمة أحظ له فقاسم به لا غير وان زادوا فأعطه الثلث ، فان كان معهم ذو فرض أخذ فرضه وكان للجد الاحظ من المقاسمة كاخ أو ثلث الباقي أو سدس جميع المال، اما كونه لا ينقص عن سدس جميع المال فلانه لا ينقص عن ذلك مع الولد الذي هو أقوى فمع غيرهم أولى، واما أعطاؤه ثلث الباقي اذا كان احظ فلأن له الثلث مع عدم الفروض فما اخذ بالفروض كانه معدوم قد ذهب من المال فصار ثلث الباقي بمنزلة ثلث جميع المال وأما المقاسمة فهي له مع عدم الفروض فكذلك مع وجودها، فعلى هذا متى زاد الاخوة عن اثنين أو من يعدلهم من الاناث فلا حظ له في المقاسمة وان نقصوا عن ذلك فلا حظ له في ثلث الباقي ومتى زادت الفروض عن النصف فلا حظ له في ثلث الباقي، وان نقصت عن النصف فلا حظ له في السدس وان كان الفرض النصف فقط استوى السدس وثلث الباقي ، وان كان الاخوة اثنين والفرض النصف استوى المقاسمة وثلث الباقي وسدس جميع المال

بالمقاسمة أقل قاسم بهن، وبنى ذلك على أصله في أن بنت الابن لا يعصبها أخوها إذا استكمل البنات الثلثين الا أنه ناقص في المقاسمة اذا كان اضربهن وكان ينبغي ان يعطيهن السدس على كل حال

ولنا قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) ولانه يقاسمها لو لم يكن غيرها فقاسمها مع بنت الصلب كما لو كانت المقاسمة أضربهن وأصله الذي بنى عليه فاسد كما قدمنا

(فصل) وحكم بنات ابن الابن مع بنات الابن حكم بنات الابن مع بنات الصلب في جميع ما ذكرنا في هاتين المسئلتين وفي أنه متى استكمل من فوق السفلى الثلثين سقطت إذا لم يكن لها من يعصبها سواء كمل الثلثان لمن في درجة واحدة أو العليا أو التي تليها وكذلك كل من نزلت درجته مع من هو أعلى منه وقد مثلنا ذلك في المسئلة التي ذكرنا في آخر المسئلة التي قبل هذه

﴿ مسئلة ﴾ قال (والاخوات من الاب بمنزلة الاخوات من الاب والام اذا لم يكن اخوات لاب وأم فان كان اخوات لاب وأم وأخوات لأب فللاخوات من الاب والام الثلثان وليس للاخوات من الاب شيء الا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الانثيين، فان كانت أخت واحدة لاب وأم وأخوات لاب فللاخت للاب والام النصف وللاخوات من الاب واحدة كانت أو اكثر من ذلك السدس تكملة الثلثين الا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الانثيين

(فصل) ولا ينقص الجد عن سدس المال أو تسميته اذا زادت السهام، هذا قول عامة أهل العلم الا أنه روي عن الشعبي أنه قال ان ابن عباس كتب الى علي في ستة اخوة وجد فكتب اليه اجعل الجد سابعهم وامح كتابي هذا وروي عنه في سبعة أخوة وجد أن الجد ثامنهم وحكي عن عمران بن حصين والشعبي المقاسمة الى نصف سدس المال

ولنا ان الجد لا ينقص عن السدس مع البنين وهم اقوى ميراثا من الاخوة فانهم يسقطونهم فلأن لا ينقص عنه مع الاخوة اولى ولان النبي ﷺ اطعم الجد السدس فلا ينبغي ان ينقص منه، وقولنا او تسميته اذا زادت السهام هو اذا عالت المسئلة فانه يسمى له السدس وهو ناقص عن السدس فاذا كان زوج وام وابنتان وجد له السدس ونعطيه سهمين من خمسة عشر وهما ثلثا الخمس

(مسئلة) (فان لم يفضل عن الفرض الا السدس فهو له ويسقط من معه من الاخوة والاخوات كأم وابنتين وجد واخت او اخ)

فان للام السدس وللابنتين الثلثان يبقى السدس للجد ويسقط الاخوة الا في الاكدرية وهي زوج وام واخت وجد فان للزوج النصف وللام الثلث وللاخت النصف وللجد السدس ثم يقسم

وهذه الجملة كلها مجمع عليها بين علماء الامصار الا ما كان من خلاف ابن مسعود ومن تبعه لسائر الصحابة والفقهاء في ولد الاب إذا استكمل الاخوات من الابوين الثلثين فانه جعل الباقي للذكر من ولد الاب دون الاناث، فان كانت أخت واحدة من أبوين واخوة وأخوات من أب جعل للاناث من ولد الاب الأضر بهن من المقاسمة أو السدس وجعل الباقي للذكر كفعله في ولد الابن مع البنات على ما مر تفصيله وشرحه وقد سبق ذكر حجته وجوابها بما يغني عن اعادته. فاما فرض الثلثين للاختين فصاعدا والنصف للواحدة المفردة فثابت بقول الله تعالى (يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ماترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك) والمراد بهذه الآية ولد الابوين وولد الاب باجماع أهل العلم، وروى جابر قال قلت يارسول الله كيف أصنع في مالي ولي اخوات؟ قال نزلت آية الميراث (يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك) رواه أبو داود وروى أن جابرا اشتكى وعنده سبع اخوات فقال النبي ﷺ « قد أنزل الله في اخواتك » فبين لهن الثلثين ومازاد على الاختين في حكمها لأنه اذا كان للاختين الثلثان فالثلاث أختان فصاعدا ،واما سقوط الاخوات من الاب باستكمال ولد الابوين الثلثين فلان الله تعالى انما فرض للاخوات الثلثين فاذا أخذه ولد الابوين لم يبق مما فرضه الله تعالى للاخوات شيء

سدس الجد ونصف الاخت بينهما على ثلاثة وتصح من سبعة وعشرين: للزوج تسعة وللام ستة وللجد ثمانية وللاخت اربعة ولا يعول من مسائل الجد غيرها، ولا يفرض لاخت مع جد الا في هذه المسألة وتسمى الاكدرية سميت بذلك لتكديرها اصول زيد في الجد فانه أعالها ولا عول عنده في مسائل الجد وفرض للاخت معه ولا يفرض لاخت مع جد، وجمع سهامه وسهامها فقسمها بينهما ولا نظير لذلك، وقيل سميت اكدرية لان عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلا اسمه الاكدر فأفتى فيها على مذهب زيد وأخطأ فيها فنسبت اليه، واختلف أهل العلم فيها فمذهب أبي بكر الصديق وموافقيه اسقاط الاخت ويجعل للزوج النصف وللام الثلث والباقي للجد ،وقال عمر وابن مسعود للزوج النصف وللاخت النصف وللجد السدس وللام السدس وعالت الى ثمانية وجعلوا للام السدس لكيلا يفضلوها على الجد، وقال علي وزيد للزوج النصف وللاخت النصف وللام الثلث وللجد السدس وأعالاها الى تسعة ولم يحجبا الام عن الثلث لان الله تعالى انما حجبها بالولد والاخوة وليس ههنا ولد ولا اخوة، ثم ان عمر وعليا وابن مسعود ابقوا النصف للاخت والسدس للجد وزيد ضم نصفها الى سدس الجد فقسمه بينهما لانها لا تستحق معه الا بحكم المقاسمة ، وانما حمل زيدا على اعالة المسئلة ههنا أنه لو لم يفرض للاخت لسقطت وليس في الفريضة من يسقطها وقد روي عن قبيصة بن ذؤيب أنه قال ما قال ذلك زيد وانما قاس أصحابه على أصوله ولم يبين هو شيئاً، فان قيل فالاخت مع الجد عصبة والعصبة تسقط باستكمال الفروض قلنا أنما يعصبها الجد وليس بعصبة مع هؤلاء بل يفرض له ولوكان مكان الاخت أخ لسقط لانه عصبة في نفسه ولوكان مع الاخت أخت أخرى أو أخ أو أكثر من ذلك لانحجبت الام الى

يستحقه ولد الاب فان كانت واحدة من الابوين فلها النصف بنص الكتاب وبقي من الثلثين المفروضة للاخوات سدس يكمل به الثلثان فيكون للاخوات للاب ولذلك قال الفقهاء لهن السدس تكملة الثلثين فان كان ولد الاب ذكورا واناثا فالباقي بينهم لقول الله تعالى (وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين ، ولا يفارق ولد الاب مع ولد الابوين ولد الابن مع ولد الصلب إلا في أن بنت الابن يعصبها ابن أخيها ومن هو أنزل منها ، والاخت من الاب لايعصبها إلا أخوها، فلو استكمل الاخوات من الابوين الثلثين وثم أخوات من أب وابن أخ لهن لم يكن للاخوات للاب شيء،وكان الباقي لابن الاخ لان ابن الابن وان نزل ابن وابن الاخ ليس بأخ

(فصل) أربعة من الذكور يعصبون اخواتهم فيمنعونهن الفرض ويقتسمون ماورثوا للذكر مثل حظ الانثيين وهم الابن وابن الابن وان نزل والاخ من الابوين والاخ من الاب وسائر العصبات ينفرد الذكور بالميراث دون الاناث وهم بنو الاخ والاعمام وبنوهم وذلك لقول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) فهذه الآية تناولت الاولاد وأولاد الابن وقال تعالى (فان كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) فتناولت ولد الابوين وولد الاب وانما اشتركوا لان الرجال والنساء كلهم وراث فلوفرض للنساء فرض أفضى إلى تفضيل الانثى على الذكر أومساواتها إياه أو إسقاطه بالكلية فكانت المقاسمة أعدل وأولى،وسائر العصبات ليس اخواتهم من أهل الميراث فانهن لسن بذوات فرض ولا يرثن منفردات فلا يرثن مع اخوتهن شيئاً وهذا لاخلاف فيه بحمدالله ومنته

السدس وبقي لهما السدس فأخذوه ولم تعل المسئلة ، وأصل المسئلة في الاكدرية ستة عالت الى تسعة وسهام الاخت والجد أربعة بينهما على ثلاثة لا تصح فتضرب ثلاثة في تسعة تكن سبعة وعشرين ثم كل من له شيء من أصل المسئلة مضروب في الثلاثة التي ضربتها في المسئلة للزوج ثلاثه في ثلاثة تسعة وللام اثنان في ثلاثة ستة يبقى اثنا عشر بين الجد والاخت على ثلاثة للجد ثمانية وللاخت أربعة ، ويعاياها فيقال أربعة ورثوا مالا فأخذ احدهم ثلثه والثاني ثلث ما بقي والثالث ثلث مابقي والرابع ما بقي ،ويقال امرأة جاءت قوما فقالت اني حامل فان ولدت ذكراً فلا شيء له وان ولدت انثى فلها تسع المال وثلث تسعه ، وان ولدت ولدين فلهما السدس ويقال أيضا ان ولدت ذكراً فلي ثلث المال وان ولدت انثى فلي تسعاه وان ولدت ولدين فلي سدسه وأنشد شيخنا في ذلك لنفسه

ما ذا تقولون في ميراث أربعة أصاب أكبرهم جزءاً من المال
ونصف ذلك للثاني ونصفهما لثالث ترب للخير فعال
ونصف ذلك مجموعاً لرابعهم فخبروني فهذي جملة الحال

اكبرهم الجد له ثمانية ونصفها للاخت أربعة ونصفهما ستة للام صارت ثمانية عشر ونصف الجميع للزوج وذلك تسعة

﴿مسألة﴾ قال (وللأم الثلث اذا لم يكن الا أخ واحد أو أخت واحدة ولم يكن ولد ولا ولد ابن فان كان له ولد أو اخوان أو أختان فليس لها إلا السدس)

وجملة ذلك ان للام ثلاثة أحوال: حال ترث فيها الثلث بشرطين (أحدهما) عدم الولد وولد الابن من الذكور والاناث. (والثاني) عدم الاثنين فصاعداً من الاخوة والاخوات من أي الجهات كانوا ذكوراً أو اناثاً أو ذكوراً وإناثاً فلها في هذه الحال الثلث بلا خلاف نعلمه بين أهل العلم (الحال الثاني) لها السدس إذا لم يجتمع الشرطان بل كان للميت ولد أو ولد ابن أو اثنان من الاخوة والاخوات في قول جمهور الفقهاء ، وقال ابن عباس لا يحجب الام عن الثلث إلى السدس من الاخوة والاخوات الا ثلاثة وحكي ذلك عن معاذ لان الله تعالى قال (فان كان له إخوة فلأمه السدس) وأقل الجمع ثلاثة، وروي ان ابن عباس قال لعثمان رضي الله عنه : ليس الاخوان اخوة في لسان قومك فلم تحجب بهما الام ؟ فقال لا أستطيع ان أرد شيئا كان قبلي ومضى في البلدان وتوارث الناس به

ولنا قول عثمان هذا فانه يدل على أنه اجماع ثم قبل مخالفة ابن عباس ولان كل حجب يتعلق بعدد كان أوله اثنين كحجب البنات بنات الابن والاخوات من الابوين الاخوات من الاب ، والاخوة تستعمل في الاثنين قال الله تعالى (فان كانوا اخوة رجالا ونساءً فللذكر مثل حظ الانثيين) وهذا الحكم ثابت في أخ وأخت ، ومن أهل اللغة من يجعل الاثنين جمعاً حقيقة ومنهم من يستعمله مجازاً

(فصل) زوجة وأم وأخت وجد للزوجة الربع وللام الثلث والباقي بين الاخت والجد على ثلاثة أصلها من اثني عشر للزوجة ثلاثة وللام أربعة يبقى خمسة بين الجد والاخت على ثلاثة، وتصح من ستة وثلاثين، فان كان مكان الاخت أخ فالباقي بينهما نصفين وتصح من أربعة وعشرين ، وان كانا اختين قاسمهما وتصح من ثمانية وأربعين فان كان أخ وأخت او ثلاث اخوات حجبوا الام الى السدس وقسموا الباقي بينهم على خمسة وصحت من ستين، فان زادوا على ذلك استوى ثلث الباقي والمقاسمة فافرض له ثلث الباقي واضرب المسئلة في ثلاثة تكن ستة وثلاثين ويبقى له ولهم أحد وعشرون يأخذ ثلثها سبعة والباقي لهم، فان لم تصح عليهم ضربتهم ووفقهم في ستة وثلاثين فما بلغ فمنه تصح فان كانوا من جهتين اختص بالباقي ولد الابوين

(فصل) زوجة وأخت وجد وجدة فهي كالتي قبلها في فروعها الا في أن للجدة السدس مع الاخت الواحدة والاخ الواحد، فان كانوا أكثر من واحد فحكم الجدة والام واحد، وان لم يكن معهم جدة فهي من أربعة للزوجة الربع ويبقى ثلاثة للجد سهمان وللاخت سهم فان كان معها أخت أخرى فالباقي بينهم على أربعة وتصح من ستة عشر وان كان مكانها أخ صحت من ثمانية فان كان أخ وأخت أو ثلاث اخوات فالباقي بينهم على خمسة وتصح من عشرين وان زادوا على هذا فاعطه ثلث الباقي سهما واقسم الثاني على الباقين، فان كانوا من الجهتين فلا شيء لولد الاب لان الباقي بعد نصيب الجد لا يزيد على النصف وهو اقل فرض لولد الابوين

فيصرف اليه بالدليل ، ولا فرق في حجبها بين الذكر والانثى لقوله تعالى (اخوة) وهذا يقع على الجميع بدليل قوله (فان كانوا اخوة رجالا ونساء) ففسرهم بالرجال والنساء

(الحال الثالث) اذا كان زوج وأبوان أو امرأة وأبوان فللام ثلث الباقي بعد فرض الزوجين ، وهذه يأتي ذكرها ان شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ قال (وليس للاب مع الولد الذكر أو ولد الابن الا السدس فان كن بنات كان له ما فضل)

يعني والله أعلم كان له مافضل بعد أن يفرض له السدس فيكون له ثلاثة احوال : (حال) يرث فيها بالفرض وهي مع الابن أو ابن الابن وان سفل فليس له الا السدس والباقي للابن ومن معه لا نعلم في هذا خلافا وذلك لقول الله تعالى (ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد)

(الحال الثانية) يرث فيها بالتعصيب المجرد وهي مع غير الولد فيأخذ المال ان انفرد ، وان كان معه ذو فرض غير الولد كزوج أو أم أو جدة فلذي الفرض فرضه وباقي المال له لقول الله تعالى (فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث) فأضاف الميراث اليهما ثم جعل للأم الثلث فكان الباقي للاب ثم قال (فان كان له اخوة فلأمه السدس فجعل للام مع

(مسئلة) (فان لم يكن في الاكدرية زوج فهي أم وأخت)

وجد للام الثلث والباقي بين الجد والاخت على ثلاثة وتصح من تسعة للام ثلاثة وللجد اربعة وللاخت سهمان وانما سميت الخرقا لكثرة اختلاف الصحابة فيها فكان الاقوال خرقتها قيل فيها سبعة أقوال قول الصديق وموافقيه للام الثلث وللجد الباقي، وقول زيد وموافقيه للام الثلث والباقي بين الجد والاخت على ثلاثة وقول علي للاخت النصف وللام الثلث وللجد السدس، وعن عبدالله للاخت النصف وللام ثلث ما بقي وللجد الباقي وعن ابن مسعود للام السدس والباقي للجد وهو مثل القول الاول في المغني وعن ابن مسعود أيضاً للاخت النصف والباقي بين الام والجد نصفين فتكون من أربعة وهي احدى مربعات ابن مسعود وقال عثمان المال بينهم اثلاثا لكل واحد منهم ثلث وهي مثلثة عثمان وتسمى المسبعة لان فيها سبعة أقوال ومسدسة لان معنى الاقوال يرجع الى ستة وسأل الحجاج الشعبي عنها فقال قد اختلف خمسة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر له عثمان وعلياً وابن مسعود وزيدا وابن عباس رضي الله عنهم

﴿ مسئلة ﴾ (وولد الاب كولد الابوين في مقاسمة الجد)

اذا انفردوا لانهم شاركوهم في بنوة الاب التي ساووابها الجد فاذا اجتمعوا عاد ولد الابوين الجد

الاخوة السدس ولم يقطع اضافة الميراث الى الابوين ولا ذكر للاخوة ميراثا فكان الباقي كله للاب
(الحال الثالثة) يجتمع له الامران الفرض والتعصيب وهي مع اناث الولد أو ولد الابن فله السدس لقوله تعالى (فلكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) ولهذا كان للاب السدس مع البنت بالاجماع ثم يأخذ مابقي بالتعصيب لما روى ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهولاولى رجل ذكر» متفق عليه والاب أولى رجل بعد الابن وابنه وأجمع أهل العلم على هذا كله فليس فيه بحمد الله اختلاف نعلمه

(فصل) والجد كالاب في أحواله الثلاث وله حال رابع مع الاخوة يذكر في بابه ويسقط بالاب لانه يدلي به فيسقط به كالاخوة وكذلك كل جد يسقط بابنه لكونه يدلي به وينقص الجد عن رتبة الاب في زوج وابوين أو امرأة وأبوين فيفرض للام فيهما ثلث جميع المال وباقيه للجد بخلاف الاب

(مسألة) (قال وللزوج النصف اذا لم يكن ولد فان كان لها ولد فله الربع وللمرأة الربع واحدة كانت أو أربعا اذا لم يكن ولد فان كان له ولد فلهن الثمن)

وجملة ذلك أن الزوج والزوجة ذوا فرض لا يرثان بغيره وفرض الزوج النصف مع عدم ولد الميتة وولد ابنها والربع مع الولد أو ولد الابن وفرض الزوجة والزوجات الربع مع عدم ولد الزوج

بولد الاب ثم اخذوا ماحصل لهم هذا مذهب زيد واما علي وابن مسعود فانهما يقاسمان به ولد الابوين ويسقطان ولد الاب ولا يعتدان به لانه محجوب فلا يعتد به كولد الام فاذا كان جد واخ من أب وأم واخ لاب قسما المال في هذه المسألة بينهما نصفين وزيد يجعلها من ثلاثة للجد سهم ولكل اخ سهم ثم يرجع الاخ من الاب والام على ما في يد اخيه لابيه فيأخذه وان شئت فرضت للجد ثلث المال والباقي للاخ من الابوين ومتى زاد الاخوة على اثنين فرضت للجد الثلث والباقي لولد الابوين ووجه مذهب زيد ان الجد والد فاذا حجبه اخوان وارثان جاز ان يحجبه اخ وارث واخ غير وارث كالام ولان ولد الاب يحجبونه اذا انفردوا فيحجبونه مع غيرهم كالام ويفارق ولد الام فان الجد يحجبهم فلا ينبغي ان يحجبوه بخلاف ولد الاب فان الجد لا يحجبهم فجاز ان يحجبوه اذ احجبهم غيره كما يحجبون الام ان كانوا محجوبين بالاب واما الاخ من الابوين فانه اقوى تعصيباً من الاخ من الاب فلا يرث معه شيئاً كما لو انفرد عن الجد فيأخذ ميراثه كما لو اجتمع ابن وابن ابن فانه يحجبه ويأخذ ميراثه فان قيل فالجد يحجب ولد الام ولا يأخذ ميراثهم والاخوة يحجبون الام وان لم يأخذوا ميراثها قلنا الجد وولد الام يختلف سبب استحقاقهم للميراث وكذلك سائر من يحجب ولا يأخذ ميراث المحجوب وههنا سبب استحقاق الاخوة للميراث الاخوة والعصوبة فأيهما قوي حجب الآخر واخذ ميراثه وقد مثلت هذه المسألة بمسألة في الوصايا وهي اذا وصى لرجل بثلث ماله ولآخر بمائة ولثالث بتمام الثلث على المائة وكان ثلث المال مائتين فان الموصى

وولد ابنه والثمن مع الولد او ولد الابن الواحد والاربع سواء باجماع أهل العلم ، والاصل فيه قول الله تعالى (ولكم نصف ماترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها او دين) وانما جعل للجماعة مثل ما للواحدة لانه لو جعل لكل واحدة الربع وهن أربع لاخذن جميع المال وزاد فرضهن على فرض الزوج ومثل هذا في الجدات للجماعة مثل ما للواحدة لان الجدات لو أخذت كل واحدة منهن السدس لاخذن النصف فزدن على ميراث الجد فأما سائر أصحاب الفروض كالبنات وبنات الابن والاخوات المتفرقات كلهن فان لكل جماعة منهن مثل ما للاثنتين على ماذكر في موضعه ، وزدن على فرض الواحدة لان الذكر الذي يرث في درجتهن لافرض له إلا ولد الام فان ذكرهم وأنثاهم سواء لانهم يرثون بالرحم وقرابة الام المجردة

﴿ مسألة ﴾ قال (وابن الاخ للاب والام أولى من ابن الاخ للاب وابن الاخ للاب أولى من ابن ابن الاخ للاب والام وابن الاخ وان سفل اذا كان الاب أولى من العم وابن العم للاب أولى من ابن ابن العم للاب والام وابن العم وان سفل أولى من عم الاب)

هذا في ميراث العصبة وهم الذكور من ولد الميت وآبائه وأولادهم وليس ميراثهم مقدراً بل يأخذون المال كله اذا لم يكن معهم ذو فرض فان كان معهم ذو فرض لايسقط بهم أخذوا الفاضل

له بالمائة يزاحم صاحب الثلث بصاحب التمام فى حال الرد فيقاسمه الثلث نصفين ثم يختص صاحب المائة بها ولا يحصل لصاحب التمام شيء

﴿ مسألة ﴾ (الا ان يكون ولد الابوين اختاً واحدة فتأخذ تمام النصف ومافضل فهو لهم ولا يتفق هذا في مسألة فيها فرض غير السدس

لان ادنى مايأخذ الجد الثلث من الباقي والاخت النصف فالباقي بعدهما هو السدس فاذا كان جد واخت من ابوين واخت من أب فالمال بينهم على أربعة للجد سهمان ولكل اخت سهم ثم رجعت الاخت من الابوين على اختها لابيها فأخذت مافي يدها جميعه لتستكمل النصف لان المقاسمة ههنا احظ للجد من ثلث المال فان كان معهم اخ من أب فللجد الثلث وللاخت النصف يبقى للاخ واخته السدس بينهما على ثلاثة وتصح من ثمانية عشر وتستوي ههنا المقاسمة وثلث المال

﴿ مسألة ﴾ (فان كان معهم ام فلها السدس وللجد ثلث الباقي ولا ثلث له فتضربها في ثلاثة تكن ثمانية عشر للام ثلثه وللجد ثلث الباقي خمسة وللاخت للابوين تسعة يبقى للاخ واخته سهم وتصح من اربعة وخمسين وتسمى مختصرة زيد)

عن ميراثه كله وأولاهم بالميراث أقربهم ويسقط به من بعد لقول النبي ﷺ « الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لاولى رجل ذكر » وأقربهم البنون ثم بنوهم وان سفلوا يسقط قريبهم بعيدهم ثم الاب ثم آباؤه وان علوا الاقرب منهم فالاقرب ثم بنو الاب وهم الاخوة للابوين أو للاب ثم بنوهم وان سفلوا الاقرب منهم فالاقرب ويسقط البعيد بالقريب سواء كان القريب من ولد الابوين او من ولد الاب وحده فان اجتمعوا في درجة واحدة فولد الابوين أولى لقوة قرابته بالام فلهذا قال ابن الاخ للاب والام أولى من ابن الاخ للاب لانهما في درجة واحدة وابن الاخ للاب اولى من ابن ابن الاخ للاب والام لان ابن الاخ للاب أعلى درجة من ابن ابن الاخ للاب والام وعلى هذا أبداً وهما بقي من بني الاخ أحد وإن سفل فهو أولى من العم لانه من ولد الاب والعم من ولد الجد فاذا انقرض الاخوة وبنوهم فالميراث للاعمام ثم بنيهم على هذا النسق إن استوت درجتهم قدم من هو لابوين، فان اختلفت قدم الاعلى وإن كان لاب ومهما بقي منهم أحد، وان سفل فهو أولى من عم الاب لان الاعمام من ولد الجد وأعمام الاب من ولد أب الجد فاذا انقرضوا فالميراث لاعمام الاب على هذا النسق ثم لاعمام الجد ثم بنيهم وعلى هذا أبداً لايرث بنو أب أعلى مع بني أب أقرب منه وإن نزلت درجتهم لما مر في الحديث وهذا كله مجمع عليه بحمد الله ومنه

« مسئلة » قال (واذا كان زوج وأبوان أعطي الزوج النصف والام ثلث ما بقي وما بقي فللاب واذا كانت زوجة وأبوان أعطيت الزوجة الربع والام ثلث ما بقي وما بقي فللاب)

هاتان المسئلتان يسميان العمريتين لان عمر رضي الله عنه قضى فيهما بهذا القضاء فأتبعه على ذلك عثمان وزيد بن ثابت وابن مسعود وروي ذلك عن علي وبه قال الحسن والثوري ومالك والشافعي

لان ثلث الباقي والمقاسمة في هذه المسئلة سواء فان اعطيت الجد ثلث الباقي صحت من اربعة وخمسين على ماذكرنا وان قاسم الاخوة اعطيت الام السدس سهما يبقى خمسة مقسومة على الجد والاخ واختين على ستة فتضربها في أصل المسئلة تكن ستة وثلاثين للام ستة وللجد عشرة وللاخت للابوين ثمانية عشر يبقى سهمان على الاخ من الاب واخته لايصح فاذا ضرب ثلاثة في ستة وثلاثين تكن مائة وثمانية ويرجع بالاختصار الى نصفها اربعة وخمسين لانها تتفق بالنصف فلهذا سميت مختصره زيد ولو كان معهم اخ آخر من اب صحت من تسعين وتسمي تسعينية زيد لانا ندفع الى الام ثلاثة والى الجد ثلث الباقي خمسة والى الاخت للابوين تسعة يبقى سهم لاولاد الاب على خمسة لاتصح عليهم اذا ضربتها في ثمانية عشر تكن تسعين وهذا التفريع كله على مذهب زيد لكونه يورث الاخوة مع الجد

(فصل) ام او جدة واختان وجد المقاسمة خير للجد ويبقي خمسة على أربعة وتصح من اربعة وعشرين ام واخ واخت وجد تصح من ستة للجد سهمان ام واخوان او اخ واختان او اربع اخوات

رضي الله عنهم وأصحاب الرأي، وجعل ابن عباس ثلث المال كله للام في المسئلتين لان الله تعالى فرض لها الثلث عند عدم الولد والاخوة وليس ههنا ولد وأخوة وروى ذلك عن علي وروي ذلك عن شريح في زوج وأبوين وقال ابن سيرين كقول الجماعة في زوج وأبوين وكقول ابن عباس في امرأة وأبوين وبه قال أبو ثور لاننا لو فرضنا للام ثلث المال في زوج وأبوين لفضلناها على الاب ولا يجوز ذلك وفي مسئلة المرأة لايؤدي إلى ذلك واحتج ابن عباس بعموم قوله تعالى (فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث) وبقوله عليه السلام « الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لاولى رجل ذكر والاب ههنا عصبة فيكون له مافضل عن ذوي الفروض كما لو كان مكانه جد والحجة معه لولا انعقاد الاجماع من الصحابة على مخالفته ولان الفريضة اذا جمعت أبوين وذا فرض كان للام ثلث الباقي كما لو كان معهم بنت ويخالف الاب الجد لان الاب في درجتها والجد أعلى منها وما ذهب اليه ابن سيرين تفريق في موضع اجمع الصحابة على التسوية فيه ثم انه مع الزوج يأخذ مثلي ماأخذت الام كذلك مع المرأة قياسا عليه

« مسئلة » قال (واذا كان زوج وأم واخوة لام واخوة لاب وأم فللزوج النصف وللام السدس وللاخوة من الام الثلث وسقط الاخوة من الاب والام)

هذه المسئلة تسمى المشركة وكذلك كل مسئلة اجتمع فيها زوج وأم أو جدة واثنان فصاعداً من ولد الام وعصبة من ولد الابوين وانما سميت المشركة لان بعض أهل العلم شرك فيها بين ولد الابوين

وجد المقاسمة وثلث الباقي سواء فان زادوا على ذلك فرض للجد ثلث الباقي وصحت من ثمانية عشر للام ثلاثة وللجد خمسة يبقى عشرة للاخوة والاخوات فتصح عليهم، بنت واخت وجد للبنت النصف ومابقي بين الاخت والجد على ثلاثة اسهم للجد سهمان وللاخت سهم لان المقاسمة ههنا احظ له وفي قوله رضي الله عنه للبنت النصف وللجد السدس والباقي للاخت وعند ابن مسعود الباقي بين الجد والاخت نصفين لان كل واحد منهما اذا انفرد اخذ المال بالتعصيب فاذا اجتمعا اقتسما كما لوكان مكانها اخ واما علي فبني على اصله في ان الاخوات لايقاسمن الجد وانما يفرض لهن فلم يفرض لها ههنا لان الاخت مع البنت عصبة واعطي الجد السدس كما لو انفرد معها وجعل الباقي لها

ولنا ان الجد يقاسم الاخت فيأخذ مثليها اذا كان معها اخ فكذلك اذا انفردت وهذه احدى مربعات ابن مسعود

(فصل) بنت واخ وجد للبنت النصف والباقي بين الاخ والجد نصفين وان كان معه اخته فالباقي بينهم على خمسة وان كان اخوان او اخ واختان او اربع اخوات استوى ثلث الباقي والسدس والمقاسمة فان زادوا فلاحظ له في المقاسمة ويأخذ السدس والباقي لهم فان كانوا من الجهتين فليس لولد الاب

وولد الام في فرض ولد الام نقسمه بينهم بالسوية وتسمى الحمارية لانه يروى أن عمر رضي الله عنه أسقط ولد الابوين فقال بعضهم يا أمير المؤمنين هب ان أبانا كان حماراً أليست أمنا واحدة؟ فشرك بينهم ويقال ان بعض الصحابة قال ذلك فسميت الحمارية لذلك واختلف أهل العلم فيها قديماً وحديثاً فذهب أحمد رضي الله عنه فيها الى أن للزوج النصف وللام السدس وللاخوة من الام الثلث وسقط الاخوة من الابوين لانهم عصبة وقد تم المال بالفروض . ويروى هذا القول عن علي وابن مسعود وأبي بن كعب وابن عباس وأبي موسى رضي الله عنهم ، وبه قال الشعبي والعنبري وشريك وأبو حنيفة وأصحابه رضي الله عنهم ويحيى بن آدم ونعيم بن حماد وأبو ثور وابن المنذر

وروي عن عمر وعثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهم أنهم شركوا بين ولد الابوين وولد الام في الثلث فقسموه بينهم بالسوية للذكر مثل حظ الانثيين وبه قال مالك والشافعي رضي الله عنهما واسحاق لانهم ساووا ولد الام في القرابة التي يرثون بها فوجب أن يساووهم في الميراث فانهم جميعاً من ولد الام وقرابتهم من جهة الاب ان لم تزدهم قرباً واستحقاقاً فلا ينبغي أن تسقطهم ولهذا قال بعض الصحابة وبعض ولد الابوين لعمر وقد أسقطهم : هب أن اباهم كان حماراً فما زادهم ذلك الا قرباً فشرك بينهم وحرر بعض أصحاب الشافعي فيها قياساً فقال فريضة جمعت ولد الاب والام وولد الام وهم من أهل الميراث فاذا ورث ولد الام وجب أن يرث ولد الاب والام كما لو لم يكن فيها زوج

ولنا قول الله تعالى (وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) ولا خلاف في ان المراد بهذه الآية ولد الام

شيء والباقي لولد الابوين بنت واختان وجد الباقي بين الجد والاختين على اربعة وتصح من ثمانية فان كن ثلاث اخوات فالباقي بينهم على خمسة فان كنا اكثر من أربع فله الثلث أو سدس الباقي والباقي لهن

(فصل) بنتان او أكثر أو بنت وبنت ابن واخت وجد للبنتين الثلثان والباقي بين الجد والاخت على ثلاثة وتصح من تسعة وان كان مكانها أخ فالباقي بينهما نصفين وتصح من ستة وان كان مكانه اختان صحت من اثني عشر ويستوي في هاتين المسئلتين السدس والمقاسمة فان زادوا عن أخ أو عن اختين فرضت للجد السدس وكان الباقي لهم فان كان معهم أم أو جدة فللجد السدس ولا شيء للاخوة والاخوات

(فصل) زوج واخت وجد للزوج النصف والباقي بينهما على ثلاثة وعند علي وابن مسعود للاخت النصف وللجد السدس وعالت الى سبعة وان كان مع الاخت اخرى فالباقي بينهم على اربعة وعندهما لها الثلثان وتعول الى ثمانية وان كان مكانها اخ فالباقي بينهما نصفين وان كان اخ واخت او ثلاث أخوات تاسمهم الجد وان كان اخوان او من يعدلهما استوى السدس والمقاسمة فان زادوا فرضت له السدس والباقي لهم فان كان زوج وبنت واخت وجد فللزوج الربع وللبنت النصف والباقي بينهما على

على الخصوص فمن شرك بينهم فلم يعط كل واحد منهما السدس فهو مخالفة لظاهر القرآن ويلزم منه مخالفة ظاهر الآية الاخرى وهي قوله (وان كانوا أخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) يراد بهذه الآية سائر الاخوة والاخوات وهم يسوون بين ذكرهم وانثاهم وقال النبي ﷺ «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلاولى رجل ذكر» ومن شرك فلم يلحق الفرائض بأهلها ومن جهة المعنى أن ولد الأبوين عصبة لافرض لهم وقد تم المال بالفروض فوجب أن يسقطوا كما لو كان مكان ولد الام ابنتان وقد انعقد الاجماع على أنه لو كان في هذه المسئلة واحد من ولد الام ومائة من ولد الابوين لكان للواحد السدس وللمائة السدس الباقي لكل واحد عشر عشره واذا جاز ان يفضلهم الواحد هذا الفضل كله لم لايجوز لاثنين اسقاطهم؟ وقولهم تساووا في قرابة الام قلنا فلم لم يساووهم في الميراث في هذه المسئلة؟ وعلى انا نقول ان ساووهم في قرابة الام فقد فارقوهم في كونهم عصبة من غير ذوي الفروض وهذا الذي افترقوا فيه هو المقتضي لتقديم ولد الام وتأخير ولد الابوين فان الشرع ورد بتقديم ذوي الفروض وتأخير العصبة ولذلك يقدم ولد الام على ولد الابوين في القدر في المسئلة المذكورة وشبهها فكذلك يقدم وان سقط ولد الابوين كغيره ويلزمهم ان يقولوا في زوج واخت من أبوين واخت من أب معها أخوها أن الاخ يسقط وحده فترث أخته السبع لان قرابتها مع وجوده كقرابتها مع عدمه وهو لم يحجبها فهلا عدوه حمارا وورثوها مع وجوده كميراثها مع عدمه؟ وما ذكروه من القياس طردي لا معنى تحته قال العنبري القياس ما قال علي والاستحسان ما قال عمر قال الخبري وهذه وساطة مليحة وعبارة صحيحة وهو كما قال الا أن الاستحسان المجرد ليس بحجة في الشرع فانه وضع للشرع بالرأي من غير دليل

ثلاثة ويستوي السدس ههنا والمقاسمة فان زادوا على أخت فرضت للجد السدس والباقي لهم وان كان مع الزوج بنتان أو بنت وبنت ابن أو بنت وام أو جدة سقط الاخوة والاخوات وفرضت للجد السدس وعالت الى ثلاثة عشر

(فصل) زوجة وبنت واخت وجد الباقي بين الجد والاخت على ثلاثة وتصح من ثمانية فان كان مكان الاخت اخ أو اختان فالباقي بينهم نصفين وتصح مع الاخ من ستة عشر ومع الاختين من اثنين وثلاثين وإن زادوا فرض للجد السدس وانتقلت المسئلة إلى أربعة وعشرين ثم تصح على المنكسر عليهم وإن كان مع الزوجة ابنتان أو أكثر أو بنت وبنت ابن او بنت وأم وجدة فرضت للجد السدس ويبقى للاخوة والاخوات سهم من أربعة وعشرين

(فصل) قال رضي الله عنه وللام أربعة أحوال (حال) لها السدس وهي مع وجود الولد وولد الابن أو اثنين من الاخوة والاخوات (وحال) لها الثلث وهي مع عدم هؤلاء (وحال) لها ثلث ما بقي وهي زوج وأبوان وامرأة وأبوان لها ثلث الباقي بعد فرض الزوجين (وحال) رابع وهي إذا لم يكن لولدها أب لكونه ولد زنا أو منتفيا بلعان فانه ينقطع بعصبته من جهة من نفاه فلا يرثه هو ولا أحد من عصباته ،

ولا يجوز الحكم به لو انفرد عن المعارض فكيف وهو في مسئلتنا يخالف ظاهر القرآن والسنة والقياس؟ ومن العجب ذهاب الشافعي اليه ههنا مع تخطئته القائلين اليه في غير هذا الموضع وقوله من استحسن فقد شرع وموافقة الكتاب والسنة أولى .

(فصل) ولو كان مكان ولد الابوين عصبة من ولد الاب سقط قولا واحداً ولم يورثهم أحد من اهل العلم فيما علمنا لأنهم لم يساووا ولد الام في قرابة الام ولو كان مكانهم اخوات من ابوين أو من أب فرض لهن الثلثان وعالت المسئلة الى عشرة في قول الجميع الا في قول ابن عباس ومن تابعه ممن لا يرى العول فانهم يردون النقص على الاخوات غير ولد الام فمقتضى قوله سقوط الاخوات من ولد الابوين كما لو كانوا أخوة وسنبين أن الصواب خلاف ذلك ان شاء الله تعالى.

(فصل) إذ قيل امرأة خلفت أماً وابني عم أحدهما زوج والآخر أخ من أم وثلاثة أخوة متفرقين فقل هذه المشركة للزوج النصف وللام السدس وللاخوين من الام الثلث وسقط الاخوات من الابوين والاب ومن شرك جعل للاخ من الابوين التسع ولكل واحد من الاخوين من الام تسعاً

﴿مسئلة﴾ قال واذا كان زوج وأم وأخوة وأخوات لام وأخت لاب وأم واخوات لاب فللزوج النصف وللام السدس وللاخوة والاخوات من الام الثلث بينهم بالتسوية وللاخت من الاب والام النصف وللاخوات من الاب السدس

أما التسوية بين ولد الام فلا نعلم فيه خلافا الا رواية شذت عن ابن عباس أنه فضل الذكر على الانثى لقول الله تعالى (فهم شركاء في الثلث) وقال في آية أخرى (وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين)

وجملته أن الام لها الاربعة الاحوال المذكورة اما استحقاقها الثلث مع عدم الولد وولد الابن والاثنين من الاخوة والاخوات من أي الجهات كانوا فلا نعلم في ذلك خلافاً بين أهل العلم ، وقد دل عليه قوله تعالى (فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث) وأما استحقاقها السدس اذا كان للميت ولد أو ولد ابن أو اثنين من الاخوات فهو قول الجمهور ، وقال ابن عباس لا يحجب الام عن الثلث إلى السدس من الاخوة والاخوات الا ثلاثة ، وحكي ذلك عن معاذ لقول الله تعالى (فان كان له إخوة فلامه السدس) وأقل الجمع ثلاثة وروي أن ابن عباس قال لعثمان رضي الله عنهما ليس الاخوان إخوة في لسان قومك فلم تحجب بهما الام؟ فقال لا أستطيع أن أرد شيئاً كان قبلي ومضى في البلدان وتوارث الناس به

ولنا قول عثمان هذا فانه يدل على الاجماع ثم هو قبل مخالفة ابن عباس ولان كل حجب تعلق بعدد كان أوله اثنين كحجب البنات بنات الابن والاخوات من الابوين الاخوات من الاب والاخوة يستعمل في الاثنين قال الله تعالى (فان كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) وهذا

ولنا قول الله تعالى (وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس) فسوى بين الذكر والانثى وقوله (فهم شركاء في الثلث) من غير تفضيل لبعضهم على بعض يقتضي التسوية بينهم كما لو وصى لهم بشيء أو أقر لهم به . وأما الآية الاخرى فالمراد بها ولد الابوين وولد الاب بدليل أنه جعل للواحدة النصف وللاثنتين الثلثين وجعل الاخ يرث أخته الكل ثم هذا مجمع عليه ولا عبرة بقول شاذ وتوريث ولد الام ههنا الثلث والام السدس والزوج النصف تسمية لاخلاف فيها أيضاً

وقد اجتمع في هذه المسئلة فروض يضيق المال عنها فان النصف للزوج والنصف للاخت من الابوين يكمل المال بهما ويزيد ثلث ولد الام وسدس الام وسدس الاخت من الاب فتعول المسئلة بثلثيها وأصلها من ستة أسهم فتعول الى عشرة وتسمى أم الفروخ لكثرة عولها شبهوا أصلها بالام وعولها بفروخها وليس في الفرائض مسئلة تعول بثلثيها سوى هذه وشبهها ولا بد في أم الفروخ من زوج واثنين فصاعداً من ولد الام وأم او جدة واثنين من ولد الابوين أو الاب أو احداهما من ولد الابوين والاخرى من ولد الاب فمتى اجتمع فيها هذا عالت الى عشرة ومعنى العول أن تزدحم فروض لا يتسع المال لها كهذه المسئلة فيدخل النقص عليهم كلهم ويقسم المال بينهم على قدر فروضهم كما يقسم مال المفلس بين غرمائه بالحصص لضيق ماله عن وفائهم ومال الميت بين أرباب الديون اذا لم يفها والثلث بين أرباب الوصايا اذا عجز عنها وهذا قول عامة الصحابة ومن تبعهم من العلماء رضي الله عنهم يروى ذلك عن عمر وعلي والعباس وابن مسعود وزيد، وبه قال مالك في أهل المدينة والثوري وأهل العراق والشافعي وأصحابه واسحاق ونعيم بن حماد وأبو ثور وسائر أهل العلم الا ابن عباس وطائفة شذت يقل عددها . نقل ذلك عن محمد بن الحنفية ومحمد بن علي بن الحسين وعطاء وداود فانهم قالوا لا تعول المسائل

الحكم ثابت في أخ وأخت ومن أهل اللغة من يجعل الاثنين جمعاً حقيقة ومنهم من يستعمله مجازاً فيصرف اليه بالدليل ولا فرق في حجبها بين الذكر والانثى لقوله تعالى (اخوة) وهذا يقع على الجميع لقوله تعالى (وإن كانوا اخوة رجالا ونساء) فقسرهم بالرجال والنساء ، واما استحقاقها ثلث الباقي في زوج وأبوين وامرأة وأبوين فهاتان المسئلتان تسمى العمريتين لان عمر رضي الله عنه قضى بذلك فاتبعه عثمان وزيد بن ثابت وابن مسعود وروي ذلك عن علي وبه قال الحسن والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وجعل ابن عباس ثلث المال كله للام في المسئلتين لان الله تعالى فرض لها الثلث عند عدم الولد والاخوة وليس ههنا ولد ولا اخوة ويروى ذلك عن علي ويروى عن شريح ذلك في زوج وأبوين ، وقال ابن سيرين كقول الجماعة في زوج وأبوين وكقول ابن عباس في امرأة وأبوين وبه قال أبو ثور لاننا لو فرضنا للام ثلث المال في زوج وأبوين لفضلناها على الاب ولا يجوز ذلك وفي

روي عن ابن عباس أنه قال في زوج وأخت وأم: من شاء باهلته أن المسائل لا تعول، إن الذي أحصى رمل عالج عدداً أعدل من أن يجعل في مال نصفا ونصفا وثلثا هذان نصفان ذهبا بالمال فأين موضع الثلث؟ فسميت هذه المسئلة مسئلة المباهلة لذلك وهي أول مسئلة عائلة حدثت في زمن عمر رضي الله عنه فجمع الصحابة للمشورة فيها فقال العباس أرى أن تقسم المال بينهم على قدر سهامهم فأخذ به عمر رضي الله عنه واتبعه الناس على ذلك حتى خالفهم ابن عباس فروى الزهري عن عبد الله بن عبد الله ابن عتبة قال لقيت زفر بن أوس البصري فقال نمضي الى عبد الله بن عباس نتحدث عنده فأتيناه فتحدثنا عنده فكان من حديثه أنه قال سبحان الذي أحصى رمل عالج عدداً ثم يجعل في مال نصفا ونصفا وثلثا ذهب النصفان بالمال فاين موضع الثلث؟ وأيم الله لو قدموا من قدم الله وأخروا من أخر الله ماعالت فريضة أبداً فقال زفر فمن الذي قدمه الله ومن الذي أخره الله؟ فقال الذي أهبطه من فرض الى فرض فذلك الذي قدمه والذي أهبطه من فرض إلى مابقي فذلك الذي أخره الله فقال زفر فمن أول من أعال الفرائض؟ قال عمر بن الخطاب فقلت الا أشرت عليه؟ فقال هبته وكان امرأ مهيبا قوله من أهبطه من فريضة الى فريضة فذاك الذي قدمه الله يريد أن الزوجين والام لكل واحد منهم فرض ثم يحجب الى فرض آخر لا ينقص منه وأما من أهبطه من فرض الى مابقي يريد البنات والاخوات فانهن يفرض لهن فاذا كان معهن اخوتهن ورثوا بالتعصيب فكان لهم مابقي قل أوكثر فكان مذهبه ان الفروض اذا ازدحمت رد النقص على البنات والاخوات

ولنا ان كل واحد من هؤلاء لو انفرد أخذ فرضه فاذا ازدحموا وجب أن يقتسموا على قدر الحقوق كأصحاب الديون والوصايا، ولان الله تعالى فرض للاخت النصف كما فرض للزوج النصف وفرض للاختين الثلثين كما فرض الثلث للاختين من الام فلا يجوز إسقاط فرض بعضهم مع نص الله

مسئلة الزوجة لا يؤدي الى ذلك واحتج ابن عباس بعموم قوله تعالى (فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث) وقوله عليه السلام «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر» والاب ههنا عصبة فيكون له ما فضل عن ذوي الفروض كما لو كان مكانه جد

قال شيخنا: والحجة معه لولا انعقاد الاجماع من الصحابة على مخالفته ولأن الفريضة إذا جمعت أبوين وذا فرض كان للأم ثلث الباقي كما لو كان معهم بنت ويخالف الأب الجد لأن الاب في درجتها والجد أعلى منها، وما ذهب اليه ابن سيرين تفريق في موضع أجمع الصحابة على التسوية فيه ثم انه مع الزوج يأخذ مثل ما أخذت الام، كذلك مع المرأة قياساً عليه، فأما الحال الرابع وهي إذا كان ولدها منفياً بلعان فان الرجل اذا لاعن امرأته وانتفى منه ولدها وفرق الحاكم بينهما انتفى ولدها عنه وانقطع تعصيبه من جهة الملاعن فلم يرثه هو ولا أحد من عصباته وترث أمه وذوو الفروض منه فروضهم وينقطع التوارث بين الزوجين لا نعلم بين أهل العلم في هذه المسئلة خلافاً فأما ان مات احدهم قبل تمام

تعالى عليه بالرأي والتحكم ولم يمكن الوفاء بها فوجب أن يتساووا في النقص على قدر الحقوق كالوصايا والديون . وقد يلزم ابن عباس على قوله مسألة فيها زوج وأم وأخوان من أم فان حجب الام الى السدس خالف مذهبه في حجب الام بأقل من ثلاثة من الاخوة وان نقص الاخوين من الام رد النقص على من لم يهبطه الله من فرض الى ما بقي. وان أعال المسئلة رجع الى قول الجماعة وترك مذهبه ولا نعلم اليوم قائلا بمذهب ابن عباس ولا نعلم خلافا بين فقهاء الامصار في القول بالعول بحمد الله ومنه

(فصل) حصل خلاف ابن عباس للصحابة في خمس مسائل اشتهر قوله فيها (أحدها) زوج وأبوان (والثانية) امرأة وأبوان للام ثلث الباقي عندهم وجعل هو لها ثلث المال فيهما (والثالثة) أنه لا يحجب الام الا بثلاثة من الاخوة (الرابعة) لم يجعل الاخوات مع البنات عصبة (الخامسة) انه لا يعيل المسائل ، فهذه الخمس صحت الرواية عنه فيها ، واشتهر عنه القول بها ، وشذت روايات سوى هذه ذكرنا بعضها فيما مضى

(مسئلة) قال (وإذا كانا ابنا عم أحدهما أخ لأم فللاخ للام السدس وما بقي بينهما نصفين)

هذا قول جمهور الفقهاء يروى عن عمر رضي الله عنه ما يدل على ذلك ويروي ذلك عن علي رضي الله عنه وزيد وابن عباس وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ومن تبعهم. وقال ابن مسعود: المال للذي هو أخ من أم وبه قال شريح والحسن وابن سيرين وعطاء والنخعي وأبو ثور لانهما استويا في قرابة لاب وفضله هذا بأم فصار كأخوين أو عمين أحدهما لابوين والآخر لاب ولانه لو كان ابن عم أخوين وابن عم لاب كان ابن العم للابوين أولى فاذا كان قربه لكونه من ولد الجدة قدمه فكونه من ولد الام أولى ، ولنا ان الاخوة من الام يفرض له بها اذا لم يرث بالتعصيب وهو إذا كان معه أخ من

اللعان بين الزوجين ورثه الآخر في قول الجمهور ، وقال الشافعي اذا أكمل الزوج لعانه لم يتوارثا وقال مالك إن مات الزوج بعد لعانه فان لاعنت المرأة لم ترث ولم تحد ، وان لم تلاعن ورثت وحدت وإن ماتت هي بعد لعان الزوج ورثها في قول جميعهم إلا الشافعي فان تم اللعان بينهما فمات أحدهما قبل تفريق الحاكم بينهما لم يتوارثا في احدى الروايتين ، وهو قول مالك وزفر ، وروي نحو ذلك عن الزهري وربيعة والاوزاعي وداود لان اللعان يقتضي التحريم المؤبد فلم يعتبر في حصول الفرقة به التفريق بينهما كالرضاع (والثانية) يتوارثان ما لم يفرق الحاكم وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه لان النبي ﷺ فرق بين المتلاعنين ، ولو حصل التفريق باللعان لم يحتج الى تفريقه وان فرق الحاكم بينهما قبل تمام اللعان لم تقع الفرقة ولم ينقطع التوارث في قول الجمهور ، وقال أبو حنيفة وصاحباه ان فرق بينهما بعد أن تلاعنا ثلاثاً وقعت الفرقة وانقطع التوارث لانه وجد منهما معظم اللعان وان فرق بينهما قبل ذلك لم ينقطع التوارث ولم تقع الفرقة

أبوين أو من أب أو عم وما يفرض له به لا يرجح به، كما لو كان أحدهما زوجا، ويفارق الاخ من الابوين والعم وابن العم إذا كانا من أبوين فانه لا يفرض له بقرابة أمه شيء فرجح به ولا يجتمع في احدى القرابتين ترجيح وفرض

(فصل) فان كان معهما أخ لأب فللاب من الام السدس والباقي للاب من الاب فان كان معهما أب من أبوين فكذلك وإن كان ابن عم لابوين وابن عم هو أخ لأم فعلى قول الجمهور للاخ السدس والباقي للآخر وعلى قول ابن مسعود المال كله لابن العم الذي هو أخ لأم

(فصل) فان كان ابنا عم أحدهما أخ من أم وبنت أو بنت ابن فللبنت او بنت الابن النصف والباقي بينهما نصفين وسقطت الاخوة من الام بالبنت ولو كان الذي ليس بأخ ابن عم من ابوين أخذ الباقي كله كذلك وعلى قول ابن مسعود الباقي للاخ في المسئلتين بدليل أن الاخ من الابوين يتقدم على الاخ من الاب بقرابة الام فان كان في الفريضة بنت تحجب قرابة الام، وحكي عن سعيد ابن جبير أن الباقي لابن العم الذي ليس باخ، وان كان من أب لانه يرث بالقرابتين ميراثا واحدا فاذا كان في الفريضة من يحجب احداهما سقط ميراثه كما لو استغرقت الفروض المال سقط الاخ من الابوين ولم يرث بقرابة الام بدليل مسئلة المشركة

ولنا علي بن مسعود أن البنت تسقط الميراث بقرابة الام فيبقي التعصيب منفرداً فيرث به وفارق ولد الابوين فان قرابة الام ثم يرجح بها ولا يفرض لها فلا يؤثر فيها مايحجبها، وفي مسئلتنا يفرض له بها فاذا كان في الفريضة من يحجبها سقطت ولانه لو كان مع ابن العم الذي هو أخ أخ من أب وبنت لحجبت البنت قرابة الام ولم ترث بها شيئا فكان للبنت النصف والباقي للاخ من الاب ولولا البنت لورث لكونه أخا من أم السدس فاذا حجبته البنت مع الاخ من الاب وجب أن تحجبه في كل حال

ولنا أنه تفريق قبل تمام اللعان أشبه التفريق قبل الثلاث وهذا الخلاف في توارث الزوجين، فاما الولد فالصحيح أنه ينتفي عن الملاعن إذا تم اللعان بينهما من غير اعتبار تفريق الحاكم لان انتفاءه بنفيه لا بقول الحاكم فرقت بينكما فان لم يذكره في اللعان لم ينتف عن الملاعن ولم ينقطع التوارث بينهما، وقال أبو بكر ينتفي بزوال الفراش لان النبي صلى الله عليه وسلم نفى الولد عن الملاعن وألحقه بأمه ولم يذكره الرجل في لعانه، ويحقق ذلك أن الولد كان حملا في البطن فقال النبي صلى الله عليه وسلم «انظروها فان جاءت به أحيمر كأنه وحرة حمش الساقين فلا أراه إلا قد كذب عليها، وإن جاءت به جعداً جمالياً خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذي رميت به» فأتت به على النعت المكروه

﴿ مسئلة ﴾ (وعصبته عصبة أمه وعنه أنها هي عصبته)

اختلف أهل العلم في ميراث الولد المنفي باللعان فروي عن احمد فيه روايتان. (احداهما) : ان عصبته عصبة أمه، نقلها الاثرم، وحنبل يروي ذلك عن علي وابن عباس وابن عمر، وبه قال الحسن

لان الحجب بها لا بالاخ من الاب وماذ كره سعيد بن جبير ينتقض بالاخ من الابوين مع البنت وبابن العم اذا كان زوجا ومعه من يحجب بني العم ولا نسلم أنه يرث ميراثا واحد بل يرث بقرابته ميراثين كشخصين فصار كابن العم الذي هو زوج ، وفارق الاخ من الابوين فانه لا يرث الا ميراثا واحداً فان قرابة الام لا ترث بها مفردة

(فصل) فحصل خلاف ابن مسعود في مسائل ست هذه إحداهن (والثانية) في بنت وبنات ابن وابن ابن الباقي عنده للابن دون أخواته (الثالثة) في أخوات الابوين وأخوات لاب الباقي عنده للاخ دون أخواته (الرابعة) بنت وابن ابن وبنات ابن عنده لبنات الابن الا ضربهن من السدس أو المقاسمة (الخامسة) أخت لابوين وأخ وأخوات لاب للاخوات عنده الاضربهن من ذلك (السادسة) كان يحجب الزوجين والام بالكفار والعبيد والقاتلين ولا يورثهم

(فصل) ابن ابن عم هو أخ لام وابن ابن عم آخر للاخ السدس والباقي بينهما وعند ابن مسعود الكل للاخ وسقط الآخر وان كان أحدهما ابن أخ لام فلا شيء له بقرابة الاخوة لان ابن الاخ للام من ذوي الارحام ، وإن كان عمان (أحدهما) خال لام لم يرجح بخؤولته وقيل على قياس قول ابن مسعود وجهان (أحدهما) لا يرجح بها (والثاني) يرجح بها على العم الذي هو من اب فيأخذ المال لانه ابن الجد والجدة والآخر ابن الجد لا غير ، وان كان العم الآخر من أبوين فالمال بينهما لان كل واحد منهما يدلي بجدة وهما ابنا الجد وهكذا القول في ابني عم أحدهما خال أو ابني ابني عم أحدهما خال فأما على قول عامة الصحابة فلا أثر لهذا عندهم

(فصل) ابنا عم أحدهما زوج فللزوج النصف والباقي بينهما نصفين عند الجميع فان كان الآخر أخا من أم فللزوج النصف وللاخ السدس والباقي بينهما أصلها من ستة للزوج أربعة وللام اثنان ،

وابن سيرين وجابر بن زيد وعطاء والشعبي والنخعي والحكم وحماد والثوري والحسن ابن صالح إلا أن علياً يجعل ذا السهم من ذوي الارحام أحق ممن لا سهم له وقدم الرد على غيره . (والرواية الثانية) : ان الام عصبته فان لم تكن فعصبتها عصبته ، نقلها أبو الحارث ومهنا ، وهذا قول ابن مسعود، وروي عن علي ومكحول والشعبي لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل ميراث ابن الملاعنة لامه ولورثتها من بعدها ورواه أيضاً مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا وروى واثلة بن الاسقع عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « تحوز المرأة ثلث مواريث عتيقها ولقيطها وولدها الذي لاعنت عليه » وعن عبد الله بن عبيد بن عمير قال : كتبت إلى صديق لي من أهل المدينه من بني زريق أسأله عن ولد الملاعنة لمن قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم فكتب إلي إني سألت فأخبرت أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى به لأمه هي بمنزلة أبيه وأمه رواهن أبو داود ولانها قامت مقام أمه وأبيه في انتسابه اليها فقامت مقامهما في حيازة ميراثه ولان عصبات الام أدلوا بها

وترجع بالاختصار الى ثلاثة وعند ابن مسعود الباقي للاخ فتكون من اثنين لكل واحد منهما سهم .
ثلاثة بني عم أحدهم زوج والاخر أخ من أم فالزوج النصف وللاخ السدس والباقي بينهما على ثلاثة أصلها من ستة يضرب فيها الثلاثة تكن ثمانية عشر للزوج النصف تسعة وللاخ ثلاثة يبقى ستة بينهم على ثلاثة فيحصل للزوج أحد عشر وهي النصف والتسع وللاخ خمسة وهي السدس والتسع ، وللثالث التسع سهمان فان كان الزوج ابن عم لابوين فالباقي كله له وان كان هو والثالث من أبوين فالثلث الباقي بينهما وتصح من ستة للزوج الثلثان ولكل واحد من الآخرين سدس ، وابن مسعود في جميع ذلك يجعل الباقي بعد فرض الزوج للذي هو أخ من أم

(فصل) أخوان من أم أحدهما ابن عم فالثلث بينهما والباقي لابن العم وتصح من ستة لابن العم خمسة وللاخر سهم ولا خلاف في هذه المسئلة فان كانوا ثلاثة أخوة أحدهم ابن عم فالثلث بينهم على ثلاثة والباقي لابن العم وتصح من تسعة وان كان اثنان منهم ابني عم فالباقي بعد الثلث بينهما وتصح من تسعة

(فصل) ثلاثة إخوة لام احدهم ابن عم وثلاثة بني عم أحدهم أخ لام فاضمم واحدا من كل عدد الى العدد الآخر يصير معك اربعة بني عم واربعة أخوة فهم ستة في العدد وفي الاحوال ثمانية ثم اجعل الثلث الاخوة على أربعة والثلثين على بني العم على أربعة فتصح من اثني عشر لكل أخ مفرد سهم ولكل ابن عم مفرد سهمان ولكل ابن عم هو اخ ثلاثة فيحصل لهما النصف والاربعة الباقين النصف وعلى قول عبد الله للاخوة الثلث والباقي لابني العم اللذين هما اخوات والله أعلم

فلم يرثوا معها كأقارب الاب معه وكان زيد بن ثابت يورث من ابن الملاعنة كما يورث من غير ابن الملاعنة ولم يجعلها عصبة ابنها ولا عصبتها عصبته، فان كانت أمه مولاة لقوم جعل الباقي من ميراثها لمولاها فان لم تكن مولاة جعل لبيت المال ، وعن ابن عباس نحوه وبه قال سعيد بن المسيب وعروة وسليمان ابن يسار وعمر بن عبد العزيز والزهري وربيعة وأبو الزناد ومالك وأهل المدينة والشافعي وأبو حنيفة وصاحباه وأهل البصرة إلا أن أبا حنيفة وأهل البصرة جعلوا الرد وذوي الارحام أحق من بيت المال لان الميراث إنما يثبت بالنص ولا نص في توريث الام أكثر من الثلث ولا في توريث أخ من أم أكثر من السدس ولا في توريث أبي الام واشباهه من عصبات الام ولا قياس أيضاً فلا وجه لاثباته ووجه الرواية الاولى قول النبي صلى الله عليه وسلم «الحقوا الفرائض باهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر» وأولى الرجال به أقارب أمه وعن عمر رضي الله عنه أنه ألحق ولد الملاعنة بعصبة أمه وعن علي رضي الله عنه أنه لما رجم المرأة دعا أولياءها فقال : هذا ابنكم ترثونه ولا يرثكم وان جنى جناية فعليكم، حكاه الامام أحمد عنه ولان الام لو كانت عصبة كأبيه لحجبت اخوته ولان مولاها مولى أولادها فيجب أن يكون عصبتها عصبته كالاب

(مسئلة) (فاذا خلف أما وخالا فللام الثلث بلا خلاف والباقي للخال)

(باب أصول سهام الفرائض التي تعول)

معنى اصول المسائل المخارج التي تخرج منها فروضها وأصول المسائل كلها سبعة لان الفروض المحدودة في كتاب الله تعالى ستة : النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس ، ومخارج هذه الفروض مفردة خمسة لان الثلث والثلثين مخرجها واحد والنصف من اثنين والثلث والثلثان من ثلاثة والربع من أربعة والسدس من ستة والثمن من ثمانية والربع مع السدس أو الثلث أو الثلثين من اثني عشر والثمن مع السدس أو الثلثين من أربعة وعشرين فصارت سبعة . وهذه الفروض نوعان (أحدهما) النصف ونصفه ونصف نصفه (والثاني) الثلثان ونصفهما ونصف نصفهما . وكل مسئلة فيها فرض مفرد فأصلها من مخرجه وان كان فيها فرضان يؤخذ أحدهما من مخرج الآخر فأصلها من مخرج أقلهما ، وان كان فيها فرضان من نوعين لا يؤخذ أحدهما من مخرج الآخر فاضرب أحد المخرجين في الآخر أو وفقه فما بلغ فهو أصل المسئلة وفيها يكون العول لان العول انما يكون في مسئلة تزدحم فيها الفروض ولا يتسع المال لها فكل مسئلة فيها نصف وفرض من النوع الآخر فأصلها من ستة لان مخرج النصف اثنان ومخرج الثلث والثلثين ثلاثة فتضرب اثنين في ثلاثة تكن ستة وهكذا سائرها

والمسائل على ثلاثة أضرب : عادلة وعائلة ورد ، فالعادلة التي يستوي مالها وفروضها ، والعائلة التي تزيد فروضها عن مالها ، والرد التي يفضل مالها عن فروضها ولا عصبة فيها وسنذكر أمثلة هذه الأضرب في هذا الباب بعون الله

لانه عصبة أمه ، وعلى الرواية الاخرى الكل للام وهذا قول علي وابن مسعود وأبي حنيفة وموافقيه الا أن ابن مسعود يعطيها إياه لكونها عصبته والباقون بالرد وعن زيد الباقي لبيت المال فان كان معها أخ لام فله السدس والباقي له ان قلنا إنه العصبة على الرواية الاولى وعلى الاخرى الكل للام ولا شيء للخال على الروايتين، فان كان معها مولى أم فلا شيء له عندنا وقال زيد ومن وافقه وأبو حنيفة الباقي له وان لم يكن لامه عصبة الا مولاها فالباقي له اذا قلنا عصبتها عصبته وعلى الرواية الاخرى هو للام وهو قول ابن مسعود لانها عصبة ابنها

(فصل) فان لم يخلف الا أمه فلها الثلث فرضاً والباقي بالرد وهو قول علي وسائر من يرى الرد وفي الرواية الاخرى لها الباقي بالتعصيب فان كان مع الام عصبة لها فهل يكون الباقي لها أو له على روايتين ذكرناهما فان كان لها عصبات فهو لاقربهم منها على الرواية الاولى فاذا كان معها أبوها وأخوها فهو لابيها فان كان مكان الاب جد فهو بين أخيها وجدها نصفين فان كان معهم ابنها وهو أخوه لامه فلا شيء لاخيها ويكون لامه الثلث ولاخيه السدس ولاخيه الباقي أو ابن أخيه وان خلف أمه وأخاه وأخته فلكل واحد منهم السدس والباقي لاخيه دون أخته وان خلف ابن أخيه وبنت أخيه أو خاله

﴿ مسئلة ﴾ قال (وما فيه نصف وسدس أو نصف وثلث أو نصف وثلثان فأصلها من ستة وتعول إلى سبعة وإلى ثمانية وإلى تسعة وإلى عشرة ولا تعول أكثر من ذلك)

أما إذا كان نصف وسدس فان مخرج النصف اثنان ويوجد ذلك في مخرج السدس وهو الستة فكان أصلها جميعاً ستة وهكذا لو كان سدس وثلث أو ثلثان فأصلهما من مخرج السدس لا يزيد عليه وان اجتمع النصف والثلثان أو الثلث فان مخرج النصف اثنان ومخرج الثلث والثلثين ثلاثة ولا وفق بينهما فاضرب أحد المخرجين في الآخر تكن ستة ويصير كل كسر بعدد مخرج الآخر ويدخل العول هذا الاصل لازدحام الفروض فيه وهو أكثرها عولا والعول زيادة في السهام ونقصان في أنصباء الورثة وأمثلة ذلك : زوج وأم وأخ من أم أصلها من ستة ومنها تصح زوج وأم وأخوان من أم، بنت وأم وعم أو عصبة ثلاث اخوات متفرقات وأخ من أم أو أم أو جدة ، أبوان وبنتان بنت وأبوان، بنت وبنت ابن وأبوان أو جد وجدة، العول زوج وأختان من ابوين أو من أب أو أحداهما من أبوين والاخرى من أب أو أم أو أخت من أب وأخت من أم أصلها من ستة وتعول إلى سبعة زوج وأخت وجدة أو أخ لام، ست أخوات متفرقات وأم أخت لأب وأم وأخت لاب وأم وأخوان لام، عول ثمانية زوج وأخت وأم للزوج النصف وللاخت النصف وللام الثلث سهمان تعول الى

وخالته فالباقي للذكر وان خلف اخته وابن اخته فلاخته السدس والباقي لابن أخته وعلى الرواية الاخرى الكل للام في هذا الموضع

(فصل) ابن ملاعنة مات وترك بنتاً وبنت ابن ومولى أمه الباقي لمولى الام في قول الجمهور وقال ابن مسعود الرد أولى من المولى فان كان معهم أم فلها السدس وفي الباقي روايتان (احداهما) للمولى وهو قول الاكثرين (والثانية) للام وهو قول ابن مسعود فان لم يكن معهم مولى فالباقي مردود عليهم في احدى الروايتين والاخرى هو للام فان كان معهم أخ فلا شيء له بالفرض وله الباقي في رواية والاخرى هو للام ، بنت وأخ أو ابن أخ أو خال أو أبو أم أو غيرهم من العصبات للبنت النصف والباقي للعصبة في قول العبادلة وان كان معها أخ أو أخت أو ابن أخ وأخته أو خال وخالة فالباقي للذكر وحده في قولهم وقال أبو حنيفة وأصحابه المال للبنت بالفرض والرد ورووا ذلك عن علي عليه السلام أنه جعل ذا السهم أحق ممن لا سهم له وانه ورث ابن ملاعنة ذوي أرحامه كما يرثون من غيره قال ابن اللبان وليس هذا محفوظاً عن علي انما المشهور عنه قوله لاولياء المرجومة عن ابنها : هذا ابنكم ترثونه ولا يرثكم فان جنى جناية فعليكم وفسر القاضي قول أحمد ان لم يكن أم نعصبتها عصبته بتقديم الرد على عصبة الام كقوله في أخت وابن أخ المال كله للاخت قال شيخنا وهذا تفسير للكلام بضد ما يقتضيه وحمل للفظ على خلاف ظاهره وانما هذه الرواية كمذهب ابن مسعود ورواية الشعبي

ثمانية وهي مسئلة المباهلة فان كان معهم أخت أخرى من أي جهة كانت أو أخ من ام فهي من ثمانية أيضاً (عول تسعة) زوج وست أخوات مفترقات تعول الى تسعة وتسمى الغراء: زوج أم وثلاث أخوات مفترقات تعول الى عشرة وتسمى ام الفروخ لكثرة عولها لانها عالت بثلثيها فشبهوا الاصل بالام والعول بالفروخ . ويروى أن رجلا جاء الى شريح فقال ان امرأتي ماتت ولم تترك ولداً فكم لي من ميراثها ؟ قال لك النصف فمن خلفت ؟ قال خلفت أمها وأختيها من أبيها وأختيها من أمها وابا قال لك ثلاثة أسهم من عشرة فخرج الرجل فقال ألا تعجبون من قاضيكم ؟ قال لي النصف فوالله ما أعطاني نصفاً ولا ثلثاً ، فقال له شريح الا انك تراني قاضيا ظالما وانا اراك رجلا فاجراً أنكتم القصة وتذيع الفاحشة، ومتى عالت المسئلة الى تسعة أو الى عشرة لم يكن الميت امرأة لأنها لابد فيها من زوج ولا يمكن أن تعول المسئلة الى أكثر من هذا ولا يمكن أن يجتمع فروض أكثر من هذا . وطريق العمل في العول ان تأخذ الفروض من أصل المسئلة وتضم بعضها الى بعض فما بلغت السهام فاليه ينتهي فتقول في زوج وأم وست اخوات مفترقات الزوج النصف ثلاثة وللام السدس سهم وللاختين الثلثان أربعة وللاختين من الام الثلث سهمان صارت عشرة

عن علي وعبد الله أنهما قالا عصبة ابن الملاعنة امه ترث ماله أجمع فان لم يكن أم فعصبتها عصبته: امرأة وجدة وأختان وابن أخ للمرأة الربع وللجدة السدس وللاختين الثلث والباقي لابن الاخ في الروايتين جميعاً، وقال أبو حنيفة الباقي يرد على الاختين والجدة وهو قول القاضي في الرواية الثانية : أبو أم وبنت وابن أخ وبنت أخ الباقي لابن الاخ وحده ويحتمل يكون لاب الام سدس باقي المال وخمسة أسداسه لابن الاخ، وقال أبو حنيفة المال بين أبي الام والبنت على أربعة بالفرض والرد

(فصل) فان لم يترك ابن الملاعنة ذا سهم فالمال لعصبة أمه في قول الجماعة وقد روي ذلك عن علي وقال أبو حنيفة وأصحابه هو بين ذوي الارحام كميراث غيره ،ورووه عن علي وذلك مثل خال وخالة وابن أخ وأخته المال للذكر وفي قول أبي حنيفة هو بينهما في المسئلتين نصفين: خالة لأب وأم وخال لأب المال للخال وقال أبو حنيفة هو للخالة : خالة وبنت بنت المال بينهما على أربعة، واذا لم يخلف ابن الملاعنة الا ذا رحم فحكمهم في ميراثه كحكمهم في ميراث غيره على ما نذكره

(فصل) واذا قسم ميراث ابن الملاعنة ثم أكذب الملاعن نفسه لحقه الولد ونقضت القسمة، وقال ابو حنيفة لا يلحقه النسب بعد موته الا ان يكونا توأمين مات احدهما وأكذب نفسه والاخ باق فيلحقه نسب الباقي والميت معا وقد مضى الكلام معه في غير هذا الموضع

(فصل) ولو كان المنفي باللعان توأمين ولهما أخ آخر من الزوج لم ينفه فمات أحد التوامين فميراث توأمه منه كميراث الآخر في قول الجمهور وقال مالك يرثه توأمه كميراث أخ لابوين لانه أخوه لأبويه بدليل أن

﴿ مسألة ﴾ قال (وما فيه ربع وسدس أو ربع وثلث أو ربع وثلثان فأصلها من اثنى عشر وتعول الى ثلاثة عشر والى خمسة عشر والى سبعة عشر ولا تعول إلى أكثر من ذلك)

انما كان أصلها من اثنى عشر لان مخرج الربع أربعة ومخرج الثلث ثلاثة ولا وفق بينهما فاذا ضربت أحدهما في الآخر كان اثنى عشر فان كان مع الربع سدس فبين الستة والاربعة موافقة واذا ضربت وفق أحدهما في الآخر صار اثني عشر، ولا بد في هذا الاصل من أحد الزوجين لانه لابد فيها من ربع ولا يكون فرضا لغيرهما. وأمثلة ذلك: زوج وأبوان وخمسة بنين للزوج الربع ثلاثة وللابوين السدسان يبقى خمسة لكل ابن سهم : زوج وابنتان وأخت وعصبة : امرأة وأختان للأبوين أو لاب أو أختان لام وعصبة : امرأة واخوان لام وسبعة اخوة لاب. العول زوج وابنتان وأم تعول الى ثلاثة عشر امرأة وثلاث اخوات مفترقات: زوج وابوان وابنتان تعول الى خمسة عشر: امرأة واختان من أب واختان من أم: امرأة وام وست أخوات مفترقات تعول الى سبعة عشر: ثلاث نسوة وجدتان وأربع أخوات لام وثمان لاب تعول الى سبعة عشر ويصح لكل واحدة منهن سهم وتسمى ام الارامل ويعاياها فيقال سبع عشرة امرأة من جهات مختلفة اقتسمن مال ميت بالسوية لكل امرأة سهم وهي هذه ولا يعول هذا الاصل الى أكثر من هذا ولا يمكن أن يكمل هذا الاصل بفروض من غير عصبة ولا عول

الزوج لو أقر باحدهما لحقه الآخر وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي

ولنا أنهما توأمان لم يثبت لهما أب ينتسبان اليه فأشبها توأمي الزانية ولا خلاف في توأمي الزانية وفارق هذا ما اذا استلحق أحدهما لانه ثبت باستلحاقه أنه أبوهما

(فصل) قولهم ان الام عصبة ولدها أو ان عصبتها عصبته انما هو في الميراث خاصة كقولنا في الاخوات مع البنات. فعلى هذا لا يعقلون عنه ولا تثبت لهم ولاية التزويج ولاغيره هذا قول الاكثرين وقد روي عن علي رضي الله عنه أنه قال لأولياء المرجومة في ولدها هذا ابنكم ترثونه ولا يرثكم وان جنى فعليكم وروي هذا عن عبدالله وابراهيم

ولنا أنهم انما ينتسبون اليه بقرابة الام فلم يعقلوا عنه ولم تثبت لهم ولاية التزويج كما لو علم ابوه ولا يلزم من التعصيب في الميراث التعصيب في العقل والتزويج بدليل الاخوات مع البنات، فاما ان اعتق ابن الملاعنة عبداً ثم مات ثم مات المولى وخلف ام مولاه واخا مولاه احتمل ان يثبت لهما الارث بالولاء لان التعصيب ثابت وحكي ذلك عن ابي يوسف، وهل يكون للام او للاخ؟ على الروايتين، ويحتمل ان لا يثبت لها ميراث لان النساء لا يرثن من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن فكذلك من يدلي بهن وما ذكرناه للاحتمال الأول يبطل بالاخوات مع البنات ومن عصبهن اخوهن من الاناث

(مسألة) (وإذا مات ابن الملاعن وخلف امه وجدته فلامه الثلث والباقي للجدة على احدى

ولا يمكن ان تعول الا على الافراد لان فيها فرضا يباين سائر فروضها وهو الربع فانه ثلاثة وهي فرد وسائر فروضها يكون زوجا فالسدس اثنان والثلث أربعة والثلثان ثمانية والنصف ستة ومتى عالت الى سبعة عشر لم يكن الميت فيها إلا رجلا

﴿ مسئلة ﴾ قال (وما كان فيه ثمن وسدس أو ثمن وسدسان أو ثمن وثلثان فأصلها من أربعة وعشرين وتعول الى سبعة وعشرين ولا تعول الى أكثر من ذلك)

إنما كان كذلك لانك تضرب مخرج الثمن في مخرج الثلثين أو في وفق مخرج السدس فيكون أربعة وعشرين ولم نقل ثمن وثلث لان الثلث لا يجتمع مع الثمن فانه لا يكون إلا للزوجة مع الولد ولا يكون الثلث في مسئلة فيها ولد لانه لا يكون الا لولد الام والولد يسقطهم أو الام بشرط عدم الولد ومسائل ذلك: امرأة وأبوان وابن أو ابنان أو بنون وبنات: امرأة وابنتان وأم وعصبة: ثلاث نسوة وأربع جدات وستة عشر بنتا وأخت : امرأة وبنت ابن وجدة وعصبة : العول امرأة وأبوان وابنتان تعول إلى سبعة وعشرين وتسمى البخيلة لأنها أقل الاصول عولا لم تعل الا بثمنها وتسمى المنبرية لان عليا رضي الله عنه سئل عنها على المنبر فقال صار ثمنها تسعا ومضى في خطبته . يعني ان المرأة كان لها الثمن ثلاثة من أربعة وعشرين صار لها بالعول ثلاثة من سبعة وعشرين وهي التسع ولا يكون الميت

الروايتين وهذه جدة ورثت مع ام اكثر منها)

إذا مات ابن ابن الملاعنة وخلف امه وام ابيه فلامه الثلث والباقي لها بالرد وهذا قول علي وعلى الرواية الاخرى الباقي لام ابيه لانها عصبة ابيه وهذا قول ابن مسعود، ويعايا بها فيقال: جدة ورثت مع ام اكثر منها وان خلف جدتيه فالمال بينهما بالفرض والرد على قول علي وفي قول ابن مسعود لهما السدس فرضاً بينهما وباقي المال لام ابيه: ام ام وخال اب، لام الام السدس وفي الباقي قولان (احدهما) انه لها بالرد (والثاني) لخال الاب وفي قول علي الكل للجدة : خال وعم وخال اب وابو ام اب المال للعم لانه ابن الملاعنة فان لم يكن عم فلابي ام الاب لانه ابوها فان لم يكن فلخال الاب فان لم يكن فللخال لانه ذو رحمه: بنت وعم للبنت النصف والباقي للعم وفي قول علي الكل للبنت لانه يقدم الرد على توريث عصبة امه: بنت وام وخال المال بين البنت والام على اربعة بالفرض والرد ولا شيء للخال لانه ليس بعصبة الملاعنة ، ولو كان بدل الخال خال اب كان الباقي له لانه عصبة الملاعنة، فأما ابن ابن ابن الملاعنة فاذا خلف عمه وعم ابيه فالمال لعمه لانه عصبته وهذا ينبغي ان يكون اجماعا، وقد قال بعض الناس يحتمل ان يكون عم الاب اولى لانه ابن الملاعنة وهذا غلط بين لان العصبات انما يعتبر اقربهم من الميت لا من آبائه، وإن خلف ثلاث جدات متحاذيات فالسدس بينهن والباقي يرد عليهن في إحدى الروايتين وهو قول علي وفي الثانية لام ابي ابيه وهو قول ابن مسعود وان خلف امه وجدته وجدة ابيه فلامه الثلث

في هذا الاصل إلا رجلا لان فيها ثمنا ولا يكون الا للمرأة مع الولد ولا يمكن أن يعول هذا الاصل إلى أكثر من هذا إلا على قول ابن مسعود فانه يحجب الزوجين والام بالولد والكافر والقاتل والرقيق ولا يورثه ، فعلى قوله إذا كانت امرأة وأم وست أخوات مفترقات وولد كافر فللاخوات الثلث والثلثان أربعة وعشرون وللام وللمرأة السدس والثمن سبعة فتعول الى أحد وثلاثين

(فصول في تصحيح المسائل)

وإذا لم تنقسم سهام فريق من الورثة عليهم قسمة صحيحة فاضرب عددهم في أصل المسئلة وعولها إن كانت عائلة الا أن يوافق عددهم سهامهم بنصف أو ثلث أو غير ذلك من الاجزاء فيجزئك ضرب وفق عددهم في أصل المسألة وعولها إن كانت عائلة فما بلغ فمنه تصح فاذا أردت القسمة فكل من له شيء من أصل المسئلة مضروب في العدد الذي ضربته في المسئلة وهو الذي يسمى جزء السهم فما بلغ فهو له إن كان واحدا وان كانوا جماعة قسمته عليهم، وان شئت قلت إذا كان الكسر على فريق واحد فلواحدهم بعد التصحيح مثل ما كان لجماعتهم قبل التصحيح او وفقه إن كان وافق ، مثال ذلك : زوج وأم وثلاثة اخوة أصلها من ستة للزوج النصف ثلاثة وللام السدس سهم بقي للاخوة سهمان لا تنقسم عليهم ولا توافقهم فاضرب عددهم وهو ثلاثة في أصل المسألة تكن ثمانية عشر سهما: للزوج ثلاثة في ثلاثة تسعة وللام سهم في ثلاثة ثلاثة وللاخوة سهمان في ثلاثة تكن ستة لكل واحد منهم سهمان، ولو كان الاخوة ستة وافقتهم

ولا شيء لجدته وفي الباقي روايتان (إحداهما) يرد على الام (والثانية) لجدة ابيه ، وان خلف خالة وخال أبيه وخال جده فالمال لخالته فان لم يكن فلخاله ولا شيء لخال أبيه ، فأما ولد بنت الملاعنة فليست الملاعنة عصبة لهم في قول الجميع لان لهم نسباً معروفاً من جهة أبيهم وهو زوج بنت الملاعنة ولو اعتقت بنت الملاعنة عبداً ثم ماتت ثم مات المولى وخلفت أم مولاته ورثت مال المولى لانها عصبة لبنتها والبنت عصبة لمولاها في أحد الوجهين وقد ذكرناها في ابن الملاعنة

(فصل) والحكم في ميراث ولد الزنا في جميع ما ذكرنا كالحكم في ولد الملاعنة على ما ذكرنا من الاقوال والاختلاف إلا أن الحسن بن صالح قال عصبة ولد الزنا سائر المسلمين لان أمه ليست فراشاً بخلاف ولد الملاعنة ، والجمهور على التسوية بينهما لانقطاع نسب كل واحد منهما من أبيه إلا أن ولد الملاعنة يلحق الملاعن اذا استلحقه وولد الزنا لا يلحق الزاني في قول الجمهور ، وقال الحسن وابن سيرين يلحق الواطيء إذا أقيم عليه الحد ويرثه وقال ابراهيم يلحقه إذا جلد الحد أو ملك الموطوءة وقال اسحاق يلحقه وذكر عن عروة وسليمان بن يسار نحوه وروي علي بن عاصم عن أبي حنيفة أنه قال لا أرى بأساً إذا زنى الرجل بالمرأة فحملت منه أن يتزوجها مع حملها ويستر عليها والولد ولد له وأجمعوا على أنه اذا ولد على فراش رجل فادعاه أنه لا يلحقه وانما الخلاف فيما اذا ولد على غير فراش ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش وللعاهر الحجر » ولانه لا يلحق به إذا لم يستلحقه

سهامهم بالنصف فردهم الى نصفهم ثلاثة وتعمل فيها كعملك في الاولى سواء ولكل واحد من الاخوة سهم وهو وفق سهام جماعتهم

(فصل) وان كان الكسر على فريقين لم تخل من اربعة أقسام [أحدها] أن يكون العددان متماثلين فيجزئك ضرب أحدهما في المسألة ومثال ذلك : زوج وثلاث جدات وثلاثة اخوة أصلها من ستة للزوج ثلاثة وللجدات سهم وللاخوة سهمان فتضرب أحد العددين في المسألة تكن ثمانية عشر وطريق القسمة فيها مثل طريقها إذا كان الكسر على فريق واحد سواء ولو كان الاخوة ستة وافقوا سهمهم بالنصف رجعوا إلى ثلاثة وكان العمل فيها كما ذكرنا سواء

(القسم الثاني) أن يكون العددان متناسبين وهو أن يكون أحدهما ينتسب الى الآخر بجزء من أجزائه كنصفه وثلثه أو غير ذلك من الاجزاء فيجزئك ضرب العدد الاكثر منهما في المسألة ومثاله مالو كان الجدات في هذه المسألة ستا فان عدد الاخوات نصف عدد الجدات فاجتزىء بعددهن واضربه في أصل المسألة تكن ستة وثلاثين ومنها تصح ، ولو كان عدد الاخوة ستة وافقتهم سهامهم بالنصف ورجعوا الى ثلاثة وعملت على ما ذكرنا

(القسم الثالث) أن يكون العددان متباينين لا يماثل أحدهما الآخر ولا يناسبه ولا يوافقه مثل أن يكون عدد الجدات أربعاً والاخوة ثلاثة فانك تضرب عدد أحدهما في جميع الاجزاء فما بلغ

فلم يلحق به بحال كما لو كانت أمه فراشاً أو كما لو لم يجلد الحد عند من اعتبره والله أعلم

(فصل) قال رحمه الله (وللجدات السدس واحدة كانت أو أكثر إذا تحاذين)

قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن للجدة السدس إذا لم تكن أم للميت وحكى غيره رواية شاذة عن ابن عباس أنها بمنزلة الام لانها تدلي بها فقامت مقامها عند عدمها كالجد يقوم مقام الاب

ولنا ما روى قبيصة بن ذؤيب قال جاءت الجدة إلى أبي بكر تطلب ميراثها فقال مالك في كتاب الله شيء وما أعلم لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكن شيئاً ارجعي حتى أسأل الناس فقال المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس فقال هل معك غيرك؟ فشهد له محمد ابن مسلمة فامضاه لها أبو بكر رضي الله عنه، فلما كان عمر رضي الله عنه جاءت الجدة الاخرى فقال مالك في كتاب الله شيء وما كان القضاء الذي قضي به إلا في غيرك وما أنا بزائد في الفرائض شيئاً ولكن هو ذاك السدس فان اجتمعتا فهو لكما وأيكما خلت به فهو لها، رواه مالك في الموطأ والترمذي وقال حديث حسن صحيح ، وأما الجد فلا يقوم مقام الاب في جميع أحواله على ما ذكرناه وأجمع أهل العلم على أن الأم تحجب الجدات من جميع الجهات، وعن بريدة أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل للجدة السدس اذا لم يكن دونها أم رواه أبو داود وهذا يدل على أنها لا ترث معها شيئاً، ولان الجدة تدلي بالام فسقطت بها كسقوط الجد بالاب وابن الابن به فأما أم الاب فانها انما ترث ميراث

ضربته في المسألة ومتى ضربته ههنا كان اثني عشر فاذا ضربته في المسألة كانت اثنين وسبعين ، وان وافق أحد العددين سهامه دون الآخر أخذت وفق الموافق وضربته فيما لم يوافق وعملت على ما ذكرنا وان وافقا جميعاً سهامهما رددتهما الى وفقهما وعملت في الوفقين عملك في العددين الاصلين

(القسم الرابع) أن يكون العددان متفقين بنصف او ثلث أو ربع أو غيره ذلك من الاجزاء فانك ترد أحد العددين الى وفقه ثم تضربه في جميع الآخر فما بلغ ضربته في المسئلة ومثاله أن تكون الاخوة تسعة والجدات ستا فيتفقان بالثلث فترد الجدات إلى ثلثهن اثنين وتضربهما في عدد الاخوة تكن ثمانية عشر ثم تضرب ذلك في أصل المسئلة تكن مائة وثمانية ومنها تصح

(فصل) وان كان الكسر على ثلاثة أحياز نظرت فان كانت متماثلة كثلاث جدات وثلاث بنات وثلاثة أعمام ضربت أحدها في المسئلة فما بلغ فمنه تصح المسألة ، ولكل واحد منهم بعد التصحيح مثل ما كان لجماعتهم ، وان كانت متناسبة كجدتين وخمس بنات وعشرة أعمام اجتزأت بأكثرها وهي العشرة فضربتها في المسألة تكن ستين ومنها تصح ، وان كانت متباينة مثل أن يكون الاعمام في هذه المسئلة ثلاثة ضربت بعضها في بعض تكن ثلاثين ثم ضربتها في المسأله تكن مائة وثمانين ، وان كانت متوافقة كست جدات وتسع بنات وخمسة عشر عماً ضربت وفق عدد منها في جميع الآخر فما بلغ وافقت بينه وبين الثالث وضربت وفقه في جميع الثالث ثم اضرب ما معك في أصل المسألة فما بلغ

أم لانها أم ولذلك ترث وابنها حي ولو كان ميراثها من جهته ما ورثت مع وجوده

(فصل) ولا يزيد ميراثهن على السدس فرضاً وان كثرن اجمع على هذا أهل العلم لما روينا من الخبر فان عمر شرك بينهما وروي ذلك عن أبي بكر رضي الله عنه فروى سعيد باسناده عن القاسم بن محمد قال جاءت الجدتان الى أبي بكر رضي الله عنه فأعطى أم الأم الميراث دون أم الاب فقال له عبدالرحمن بن سهل بن حارثة وكان شهد بدراً يا خليفة رسول الله أعطيت التي ان ماتت لم يرثها ومنعت التي لو ماتت ورثها فجعل أبو بكر السدس بينهما، ولانهن ذوات عدد لا يشاركهن ذكر فاستوى كثيرهن وواحدتهن كالزوجات وانما يشتركن في السدس اذا تحاذين لتساويهن في الدرجة

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في توريث جدتين أم الأم وأم الأب وكذلك ان علتا وكانتا في القرب سواء كأم أم أم وأم أم أب وحكي عن داود أنه لا يورث أم أم الاب شيئاً لانه لا يرثها فلا ترثه ولانها غير مذكورة في الخبر

ولنا ما روى سعيد عن ابن عيينة عن منصور عن ابراهيم أن النبي صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جدات ثنتين من قبل الاب وواحدة من قبل الام وأخرجه أبو عبيد والدارقطني ومن ضرورته أن تكون منهن أم أم الاب أو من هي أعلى منها ، وما ذكره داود فهو قياس وهو لا يقول بالقياس ثم هو باطل بأم الام فانها ترثه ولا يرثها وقوله ليست مذكورة في الخبر قلنا وكذلك أم أم الام . واختلفوا

فنه تصح ، وان تماثل اثنان منها وباينهما الثالث أو وافقهما ضربت أحد المماثلين في جميع الثالث أو في وفقه وان كان موافقا فما بلغ ضربته في المسئلة، وان تناسب اثنان وباينهما الثالث ضربت أكثرهما في جميع الثالث أو في وفقه ان كان موافقا ثم في المسألة وان توافق اثنان وباينهما الثالث ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر ثم في الثالث ، وان تباين اثنان ووافقهما الثالث كاربعة أعمام وست جدات وتسع بنات أجزأك ضرب أحد المتباينين في الآخر ثم تضربه في المسئلة ويسمى هذا الموقوف المقيد لانك إذا أردت وقف أحدهما لم يقف إلا الستة ولو وقفت غيرها مثل أن تقف التسعة وترد الستة إلى الاثنين أدخلا في الاربعة وأجزأك ضرب الاربعة في التسعة ، ولو وقفت الاربعة رددت الستة إلى ثلاثة ودخلت في التسعة وأجزأك ضرب الاربعة في التسعة . فاما إن كانت الاعداد الثلاثة متوافقة فانه يسمى الموقوف المطلق وفي عملها طريقان (أحدهما) ماذكرناه من قبل وهو طريق الكوفيين (والثاني) طريق البصريين وهو أن تقف أحد الثلاثة وتوافق بينه وبين الآخرين وتردهما إلى وفقهما ثم تنظر في الوفقين فان كانا متماثلين ضربت أحدهما في الموقوف ، وإن كانا متناسبين ضربت أكثرهما ، وإن كانا متباينين ضربت أحدهما في الآخر ثم في الموقوف ، وإن كانا متوافقين ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر ثم في الموقوف فما بلغ ضربته في المسئلة ، ومثال ذلك عشر جدات واثنا عشر عما وخمس عشرة بنتا فقف العشرة توافقها الاثنا عشر بالنصف فترجع إلى ستة وتوافقها الخمس

في توريث مازاد على الجدتين فذهب أبو عبدالله الى توريث ثلاث جدات من غير زيادة عليهن روي ذلك عن علي وزيد بن ثابت وابن مسعود رضي الله عنه وروي نحوه عن مسروق والحسن وقتادة وبه قال الاوزاعي واسحاق وروي عن سعد بن أبي وقاص ما يدل على أنه لا يورث أكثر من جدتين وحكي أيضاً عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام وسليمان بن يسار وطلحة بن عبيدالله ابن عوف وربيعة وابن هرمز ومالك وابن أبي ذئب وأبي ثور وداود وقاله الشافعي فى القديم وحكي عن الزهري أنه قال لا نعلم ورث في الاسلام الا جدتين، وحكي عن سعد بن أبي وقاص أنه أوتر بركعة فعابه ابن مسعود فقال سعد أتعيبني وانت تورث ثلاث جدات وروي عن ابن عباس انه ورث الجدات وان كثرن اذا كن في درجة واحدة الا من أدلت بأب غير وارث كأم أبي الام قال ابن سراقة وبهذا قال عامة الصحابة الا شاذاً واليه ذهب الحسن وابن سيرين والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وهو رواية المزني عن الشافعي وهو ظاهر كلام الخرقي فانه سمي ثلاث جدات متحاذيات ثم قال وان كثرن فعلى ذلك ويحتمل قول الخرقي وان كثرن لا يرث إلا ثلاث جدات وهن المتحاذيات المذكورات بعد كما روي عن أحمد رحمه الله. واحتجوا بأن الزائدة جدة أدلت بوارث فوجب ان ترث كاحدى الثلاث .

ولنا حديث سعيد الذي ذكرناه وروى سعيد أيضاً عن ابراهيم أنهم كانوا يورثون من الجدات

عشرة بالاخماس فترجع إلى ثلاثة وهي داخلة في الستة فتضرب الستة في العشرة تكن ستين ثم في المسئلة تكن ثلثمائة وستين وان وقفت الاثنا عشر رجعت العشرة إلى نصفها خمسة والخمس عشرة إلى ثلثها خمسة وهما متماثلان فتضرب خمسة في اثني عشر تكن ستين ، وإن وقفت الخمس عشرة رجعت العشرة إلى اثنين والاثنا عشر إلى أربعة ، ودخل الاثنان في الاربعة فتضربها في الخمس عشرة تكن ستين ثم في المسئلة

(فصل) في معرفة الموافقة والمناسبة والمباينة : الطريق في ذلك أن تلقي أقل العددين من أكثرهما مرة بعد أخرى فان فني به فالعددان متناسبان وان لم يفن به ولكن بقيت منه بقية القيتها من العدد الاقل فان بقيت منه بقية القيتها من البقية الاولى ولا تزال كذلك تلقي كل بقية من التي قبلها حتى يصل الى عدد يفني الملقى منه غير الواحد فاي بقية فني بها غير الواحد فالموافقة بين العددين بجزء تلك البقية ان كانت اثنين فبالانصاف وان كانت ثلاثة فبالاثلاث فان كانت أربعة فبالارباع فان كانت أحد عشر أو اثني عشر أو ثلاثة عشر فبجزء ذلك وان بقي واحد فالعددان متباينان، ومما يدلك على تناسب العددين انك متى زدت على الاقل مثله أبدا ساوى الاكثر ومتى قسمت الاكثر على الاقل انقسم قسمة صحيحة ومتى نسبت الاقل الى الاكثر انتسب اليه بجزء واحد ولا يكون ذلك الا في النصف فما دونه

(فصل) في مسائل المناسخات ومعناها أن يموت من ورثة الميت انسان قبل قسم تركة الاول

ثلاثة ثنتين من قبل الاب وواحدة من قبل الام وهذا يدل على التحديد بثلاث وانه لا يرث أكثر منهن

﴿مسئلة﴾ (فان كان بعضهن اقرب من بعض فالميراث لأقربهن وعنه ان القربى من جهة الاب لا تحجب البعدى من جهة الأم) اما إذا كانت احدى الجدتين ام الاخرى فلا خلاف بين اهل العلم في ان الميراث للقربى وتسقط البعدى بها ، وان كانتا من جهتين والقربى من جهة الام فالميراث لها وتحجب البعدى في قول عامتهم الا ما روي عن ابن مسعود ويحيى بن آدم وشريك ان الميراث بينهما وعن ابن مسعود ان كانتا من جهتين فهما سواء وان كانتا من جهة واحدة فهو للقربى يريد ان الجدتين إذا كانتا من جهة الاب احداهما ام الاب والاخرى ام الجد سقطت ام الجد بام الاب وسائر اهل العلم على ان القربى من جهة الام تحجب البعدى من جهة الاب، فاما القربى من جهة الاب فهل تحجب البعدى من جهة الام ؟ فيه روايتان (احداها) انها تحجبها ويكون الميراث للقربى وهذا قول علي عليه السلام واحدى الروايتين عن زيد وبه قال ابو حنيفة واصحابه وهو قول أهل العراق وهو قول الشافعي (والرواية الثانية) هو بينهما وهي الرواية الثابتة عن زيد وبه قال مالك والاوزاعي وهو احد قولي الشافعي لان الاب الذي تدلي به الجدة لا يحجب الجدة من قبل الام فالتي تدلي به اولى ان لا يحجبها وبهذا فارقتها القربى من قبل الام فانها تدلي بالام وهي تحجب جميع الجدات

ولنا انها جدة قربى فتحجب البعدى كالتي من قبل الام ولان الجدات امهات يرثن ميراثاً واحداً

فاذا وجد ذلك نظرت فان كان ورثة الاول يرثون الثاني على حسب ميراثهم من الاول مثل أن يكونوا عصبة لهما جميعا وقد يتفق ذلك في أصحاب الفروض في مسائل يسيرة كرجل مات عن امرأة وثلاثة بنين وبنت ثم مات أحد البنين قبل قسمة التركة فان للمرأة من الاول سهما مثل سهم البنت وكنصف سهم ابن وكذلك لها من الثانية فاذا كان كذلك فاقسم المسئلة على ورثة الثاني ولا تنظر الى الاول، فلو خلف رجل خمسة بنين وخمس بنات فمات منهم ابن ثم بنت ثم ابن ثم بنت ثم ابن ثم بنت قسمت الميراث على الابنين الباقيين والبنتين للذكر مثل حظ الانثيين ولم ينظر في بقية المسائل فان كان معهم من يرث من الاولى دون ما بقي كما لو كان مع هؤلاء امرأة للميت ليست أما لهم فانك تفرز لها الثمن وتقسم الباقي على ما ذكرنا وان كانت أما لهم الا أنها ماتت قبلهم أو بعد بعضهم ولم تخلف وارثا غيرهم قسمت الميراث كله على الباقين للذكر مثل حظ الانثيين ولم ينظر في ميراثها لانه قد صار اليهم فان لم يكونوا كذلك فانك تقسم مسألة الاول ثم تنظر ما صار للميت الثاني فيها فان انقسم على مسئلته فقد صحت المسئلتان مما صحت منه الاولى ومثال ذلك امرأة وبنت من غيرها وأخ ماتت البنت وخلفت زوجا وبنتا وعما فالمسئلة الاولى من ثمانية للمرأة سهم وللبنت اربعة ويبقى للاخ لانه ومسئلة الميتة الثانية من اربعة لزوجها سهم ولابنتها سهمان ويبقى سهم للاخ الاول فصار له من المسئلتين

من جهة واحدة فاذا اجتمعن فالميراث لاقربهن كالآباء والابناء والاخوة وكل قبيل اذا اجتمعوا فالميراث للاقرب وقولهم إن الاب لا يسقطها قلنا لانهن لا يرثن ميراثه وإنما يرثن ميراث الامهات لكونهن امهات ولذلك اسقطتهن الام والله اعلم

﴿ مسائل ﴾ (من ذلك ام ام وام ام اب فالمال للاولى إلا في قول ابن مسعود هو بينهما، ام اب وأم أم المال للاخرى في احدى الروايتين وهو قول الخرقي وفي الاخرى هو بينهما، أم أب وأم أم وأم جد المال للاولين في قول الجميع إلا شريك ومن وافقه هو بينهن ام اب وام ام وام امام وام أبي اب هو للاولين في قول الجميع

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يرث اكثر من ثلاث جدات ام الام وام الاب وام الجد ومن كان من امهاتهن وان علت درجتهن) فلهن السدس إذا تحاذين في الدرجة لما روي سعيد باسناده عن ابراهيم ان النبي صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جدات ثنتين من قبل الاب وواحدة من قبل الام وقال ابراهيم كانوا يورثون ثلاث جدات وهذا يدل على انه لا يرث أكثر من ثلاث وفي ذلك اختلاف ذكرناه فأما ام أبي الام فلا ترث لانها تدلي بغير وارث وكذلك كل جدة تدلي بغير وارث وهذا اجماع من اهل العلم الا ما حكي عن بن عباس وجابر بن زيد ومجاهد وابن سيرين انهم قالوا ترث وهو قول شاذ لا نعلم اليوم به قائلا لانها تدلي بغير وارث فلم ترث كالاجانب واما أم ابي الجد ومن ادلت بأكثر من ثلاثة آباء وهؤلاء الجدات المختلف فيهن وقد ذكرنا ذلك

أربعة أسهم وصحت المسئلتان من ثمانية وان لم تنقسم سهام الميت الثاني على مسئلته وافقت بين سهامه ومسئلته فان اتفقا رددت مسئلته الى وفقها ثم ضربته في المسئلة الاولى فما بلغ فمنه تصح المسئلتان ثم كل من له شيء من المسئلة الاولى مضروب في وفق المسئلة الثانية وكل من له شيء من المسئلة الثانية مضروب في وفق سهام الميت الثاني مثال ذلك اذا خلفت البنت زوجا وابنتين فمسئلتها من اثني عشر توافقها سهامها بالربع فترجع الى ثلاثة تضرب في ثمانية تكن أربعة وعشرين للمرأة سهم من الاولى في ثلاثة وللاخ ثلاثة في ثلاثة بتسعة وله من الثانية سهم في سهم تكن عشرة وللزوج ثلاثة في سهم وللابنتين ثمانية وان لم يوافق سهامه مسئلته ضربت المسئلة الثانية في الاولى ثم كل من له شيء من المسئلة الاولى مضروب في الثانية ومن له شيء من الثانية مضروب في سهام الميت الثاني فان مات ثالث عملت مسئلته ونظرت سهامه مما صحت منه المسئلتان فان انقسم على مسئلته صحت مما صحت منه الاوليان وان لم تصح وافقت بين مسئلته وسهامه وضربت وفق سهام مسئلته ان وافقت أو جميعها ان لم توافق فيما صحت منه الاوليان وعملت على ما ذكرنا وكذلك تصنع في الرابع والخامس وما بعده

(فصل) وان أردت قسمة المسئلة على قراريط الدينار فانها في عرف أهل بلدنا أربعة وعشرون قيراطا فان كانت السهام كثيرة فلك في قسمها طريقان (أحدهما) أن ينظر ما تركب منه العدد

(أمثلة ذلك) ذلك أم أم، وأم أب السدس بينهما اجماعا) أم أم أم، وأم أم أب وأم أبي أب وأم أبي أم السدس للثلاث الاول إلا عند مالك وموافقيه فانه للاوليين، وعند داود هو للاولى وحدها ولا ترث الرابعة إلا في القول الشاذ عن ابن عباس وموافقيه، أم أم أم أم، وأم أم أم أب، وأم أم أبي أب، وأم أبي أبي أب، وأم أم أبي أم وأم أبي أم أم، وأم أبي أبي أم، وأم أبي أم أب، السدس للاولى عند داود، وللاوليين عند مالك وموافقيه، وللثلاث الاول عند احمد وموافقيه، وللأربع الاول عند أبي حنيفة وموافقيه وتسقط الاربع الباقيات إلا في الرواية الشاذة، وفي الجملة لا يرث من قبل الأم إلا واحدة، ولا من قبل الأب إلا اثنتان، وهما اللتان جاء ذكرهما في الخبر إلا عند أبي حنيفة وموافقيه فانهما كلما علون درجة ازداد في عددهن من قبل الاب واحدة.

﴿مسئلة﴾ (والجدات المتحاذيات أم أم أم، وأم أم أب، وأم أبي أب، وان كثرن فعلى ذلك)

يعني بالتحاذيات المتساويات في الدرجة بحيث لا تكون واحدة أعلى من الأخرى ولا أنزل منها لان الجدات انما يرثن كلهن إذا كن في درجة واحدة ومتى كان بعضهن أقرب من بعض فالميراث لاقربهن، وفيه اختلاف ذكرناه فاذا قيل نزل جدتين وارثتين على أقرب المنازل فهما أم أم، وأم أب، وان قيل نزل ثلاثاً فهن أم أم أم، وأم أم أب، وأم أبي أب، واحدة من قبل الام واثنتان من قبل الاب وفي درجتها أخرى من قبل الام غير وارثة وهي أم أبي أم ولا يرث أبداً من قبل الام إلا

فانه لا بد أن يتركب من ضرب عدد في عدد فانسب أحد العددين الى أربعة وعشرين إن كان أقل منها وخذ من العدد الآخر مثل تلك النسبة فما كان فهو لكل قيراط ، وإن كان أكثر من أربعة وعشرين قسمه عليها فما خرج بالقسم فاضربه في العدد الآخر فما بلغ فهو نصيبه ومثال ذلك ستمائة أردت قسمتها فانك تعلم أنها متركبة من ضرب عشرين في ثلاثين فانسب العشرين الى أربعة وعشرين تكن نصفها وثلثها فخذ نصف الثلاثين وثلثها خمسة وعشرون فهو سهم القيراط وإن قسمت الثلاثين على أربعة وعشرين خرج بالقسم سهم وربع فاضربها تكن خمسة وعشرين كما قلنا

(والثاني) أن تنظر عدداً اذا ضربته في الاربعة والعشرين ساوى المقسوم أو قاربه فاذا بقيت منه بقية ضربتها في عدد آخر حتى يبقى أقل من المقسوم عليه ثم تجمع العدد الذي ضربته اليه وتنسب تلك البقية من المقسوم عليه فتضمها إلى العدد فيكون ذلك سهم القيراط مثاله في مسئلتنا أن تضرب عشرين في أربعة وعشرين تكن أربعمائة وثمانين ثم تضرب خمسة في أربعة وعشرين تكن مائة وعشرين وتضم الخمسة الى العشرين فيكون ذلك سهام القيراط فاذا عرفت سهام القيراط فانظر كل من له أسهم فاعطه بكل سهام من سهم القيراط قيراطاً ، فان بقي له من السهام مالا يبلغ قيراطا فانسبه الى سهام القيراط واعطه منه مثل تلك النسبة ، فان كان في سهام القيراط كسر بسطتها من جنس الكسر ثم كل من له

واحدة وهي التي كل نسبها أمهات لا أب فيهن فاحفظ ذلك فان قيل نزل أربعاً فهن أم أم أم أم ، وأم أم أم أب ، وأم أم أبي أب ، وفي درجتهن أربع غير وارثات ، وقد ذكرناهن فيما قبل إلا أن أحمد لا يورث أكثر من ثلاث جدات وهن الثلاث الاول ، ومن قال بتوريث زيادة على الثلاث ورث في الدرجة الرابعة أربعاً ، وفي الخامسة خمساً ، وفي السادسة ستاً ، وهو قول أبي حنيفة وموافقيه ، فاذا أردت تنزيل الجدات الوارثات وغيرهن فاعلم أن للميت في الدرجة الاولى جدتين : أم أمه ، وأم أبيه ، وفي الثانية أربع لان لكل واحد من أبويه جدتين فهما أربع بالنسبة اليه . وفي الثالثة ثمان لان لكل واحد من أبويه أربعاً على هذا الوجه يكون لولدهما ثمان وعلى هذا كلما علون تضاعف عددهن ولا يرث منهن عند أحمد إلا ثلاث .

﴿ مسئلة ﴾ (وترث الجدة وابنها حي وعنه لا ترث)

وجملته أن الجدة من قبل الاب إذا كان ابنها حياً وارثا فان عمر وابن مسعود وأبا موسى وعمران ابن حصين وأبا الطفيل رضي الله عنهم ورثوها مع ابنها ، وبه قال شريح والحسن وابن سيرين وجابر ابن زيد والعنبري واسحاق وابن المنذر ، وهو ظاهر مذهب أحمد وقال زيد بن ثابت لا ترث وروي ذلك عن عثمان وعلي رضي الله عنهما ، وبه قال مالك والثوري والاوزاعي وسعيد بن عبد العزيز والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وهو رواية عن احمد رواه عنه جماعة من أصحابه ولا خلاف في توريثها مع ابنها اذا كان عماً أو عم أب لانها لا تدلي به واحتج من أسقطها بابنها بأنها تدلي به ولا ترث معه كالجد مع الاب وأم الام مع الام

سهام بعدد مبلغ السهام فله بعدد مخرج الكسر قراريط وتضرب بقية سهامه في مخرج الكسر وتنسبها منها ، مثال ذلك زوج وأبوان وابنتان ماتت الام وخلفت أما وزوجا وأختا من أبوين وأختين من أب وأختين من أم فالاولى من خمسة عشر والثانية من عشرين فتضرب وفق احداهما في الاخرى تكن مائة وخمسين وسهم القيراط ستة وربع فابسطها أرباعا تكن خمسة وعشرين فهذه سهام القيراط فللبنت من الاولى أربعة في عشرة تكن أربعين فلها بخمسة وعشرين أربعة تبقى خمسة عشر اضربها في مخرج الكسر تكن ستين واقسمها على خمسة وعشرين تكن اثنين وخمسين فصار لها ستة وخمسان وللاب من الاولى والثانية ستة وعشرون فله بخمسة وعشرين أربعة قراريط وابسط السهم الباقي أرباعا تكن أربعة أخماس خمس ولزوج الاولى ثلاثون فله بخمسة وعشرين منها أربعة قراريط وابسط الخمسة الباقية تكن عشرين وهي أربعة أخماس قيراط ولام الثانية سهمان ابسطهما أرباعا تكن خمس قيراط وثلاثة أخماس خمس قيراط وكذلك لكل أخت من أم وللاختين من الاب مثل ذلك وللاخت من الابوين ستة ابسطها أرباعا تكن أربعة أخماس قيراط وأربعة أخماس خمس

(فصل) في قسمة التركات ان أمكن أن تنسب سهام كل وارث من المسألة ثم تعطيه من التركة مثل تلك النسبة فحسن ومثال ذلك زوج وأبوان وابنتان والتركة أربعون دينارا فللزوج ثلاثة وهي خمس المسألة فله خمس التركة وهي ثمانية دنانير ولكل واحد من الابوين ثلثا خمس المسألة فله ثلثا الثمانية ولكل واحد من البنتين مثل ما للابوين كليهما وإن شئت ضربت سهام كل وارث في التركة

ولنا ماروى ابن مسعود رضي الله عنه قال أول جدة أطعمها رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس ام أب مع ابنها وابنها حي، أخرجه الترمذي ورواه سعيد بن منصور إلا أن لفظه أطعمت السدس أم أب مع ابنها وقال ابن سيرين أول جدة أطعمها رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس أم أب مع ابنها ولان الجدات أمهات يرثن ميراث الام لا ميراث الاب فلا يحجبن به كأمهات الام

﴿ مسائل ﴾ (أم أب وأب السدس لها والباقي للاب وعلى القول الآخر الكل له دونها)

أم أم وأم أب السدس بينهما على القول الاول وعلى الثاني السدس لأم الام والباقي للاب وقيل لام الام نصف السدس والباقي للاب لان الاب لو عدم لم يكن لام الام إلا نصف السدس فلا يكون لها مع وجوده إلا ما يكون لها مع عدمه والاول أصح لان الاخوة مع الابوين يحجبون الام عن نصف ميراثها ولا يأخذون ما حجبوها عنه بل يتوفر ذلك على الاب كذا ههنا ثلاث جدات متحاذيات وأب السدس بينهن على القول الاول ولام الام على القول الثاني وعلى الثالث لام الام ثلث السدس والباقي للاب فان كان مع المتحاذيات جد لم يحجب إلا مع أب ، وأم أب ، وأم أم أم السدس لام الاب ومن حجب الجدة بابنها أسقط أم الاب ثم اختلف القائلون بذلك فقيل السدس كله لام أم الام لان التي تحجبها أو تزاحمها قد سقط حكمها فصارت كالمعدومة وقيل بل لها نصف السدس على قول زيد لانه

وقسمت ذلك على المسئلة فما خرج فهو نصيبه ، وان شئت قسمت التركة على المسئلة ثم ضربت الخارج بالقسم في سهام كل وارث فما بلغ فهو له ، واذا كانت المسئلة عدداً أصما عملت باحدى هاتين الطريقتين وإن كان في السهام كسر بسطتها من جنسه على ما ذكرنا في القسم على قراريط الدينار ولك في قسم التركة في مسائل المناسخات أن تقسم التركة أو القراريط على المسئلة الاولى فما حصل للميت الثاني قسمته على مسئلته ثم تفعل بالثالث والرابع وما بعدهما كذلك ، واذا كان بين المسئلة والتركة موافقة فخذ وفقيهما واعمل بهما ماذكرنا

(فصل) وإذا كانت التركة سهاما من عقار فاضرب أصل سهام العقار فيما صحت منه المسئلة فما بلغ فهو سهام العقار واضرب سهام كل وارث من أصل المسئلة في السهام الموروثة من العقار واضرب سهام الشركاء في أصل مسئلة الورثة ومثال ذلك زوج وأم وأخت والتركة ربع وسدس دار المسئلة من ثمانية وأصل سهام العقار اثنا عشر فاضربها في الثمانية تكن ستة وتسعين فللزوج ثلاثة من مسئلة مضروبة في السهام الموروثة وهي خمسة تكن خمسة عشر وللاخت كذلك فانسبها من الدار تكن ثمنها وربع ثمنها وللام سهمان في خمسة تكن عشرة وهي نصف سدس الدار وثمن سدسها ، وان شئت قلت هي نصف ثمنها وثلث ثمنها وإن شئت بسطت الربع والسدس من قراريط الدينار وهي عشرة وقسمتها على المسئلة فللام ربعها وهي قيراطان ونصف وللاخت ثلاثة أثمانها وهي ثلاثة قراريط وثلاثة أرباع قيراط وكذلك الزوج

يورث البعدى من جهة الام مع القربى من جهة الاب فكان لها نصف السدس وقيل لا شيء لها لانها انحجبت بأم الاب ثم انحجبت ام الاب بالاب فصار المال كله للاب .

﴿ مسئلة ﴾ (فان اجتمعت جدة ذات قرابتين مع اخرى فقياس قول احمد ان السدس بينهما اثلاثاً لذات القرابتين ثلثاه وللاخرى ثلثه) كذلك قال ابو الحسن التميمي وابو عبد الله الوني ولعلهما اخذا ذلك من قوله في توريث المجوس بجميع قراباتهم وهذا قول يحي بن آدم والحسن بن صالح ومحمد ابن الحسن والحسن بن زياد وزفر وشريك وقال الثوري والشافعي وابو يوسف السدس بينهما نصفين وهو قياس قول مالك لان القرابتين إذا كانا من جهة واحدة لم ترث بهما جميعاً كالاخ من الاب والام

ولنا انها شخص ذو قرابتين ترث بكل واحدة منهما منفردة لا ترجح بهما على غيرها فوجب ان ترث بكل واحد منهما كابن العم اذا كان اخا لام او زوجا وفارق الاخ من الابوين فانه يرجح بقرابتيه على الاخ من الاب ولا يجمع بالترجيح بين القرابة الزائدة والتوريث بهما فاذا وجد احدهما انتفى الآخر ولا ينبغي ان يخل بهما جميعاً بل اذا انتفى احدهما وجد الآخر وههنا قد انتفى الترجيح فيثبت التوريث وصورة ذلك ان يتزوج ابن ابن المرأة بنت بنتها فيولد لهما ولد فتكون المرأة ام امامه وهي ام ابي ابيه وان يتزوج ابن بنتها بنت بنتها فهي ام ام امه او ام ام ابيه فان ادلت الجدة بثلاث

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويرد على كل أهل الفرائض على قدر ميراثهم الا الزوج والزوجة)

وجملة ذلك أن الميت إذا لم يخلف وارثا إلا ذوي فروض ولا يستوعب المال كالبنات والاخوات والجدات فان الفاضل عن ذوي الفروض يرد عليهم على قدر فروضهم إلا الزوج والزوجة روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم وحكي ذلك عن الحسن وابن سيرين وشريح وعطاء ومجاهد والثوري وأبي حنيفة وأصحابه قال ابن سراقة وعليه العمل اليوم في الامصار إلا أنه يروى عن ابن مسعود أنه كان لا يرد على بنت ابن مع بنت ولا على أخت من أب مع اخت من ابوين ولا على جدة مع ذي سهم ، وروى ابن منصور عن أحمد أنه لا يرد على ولد الام مع الام ولا على الجد مع ذي سهم والذي ذكر الخرقي أظهر في المذهب وأصح وهو قول عامة أهل الرد لانهم تساووا في السهام فيجب أن يتساووا فيما يتفرع عليها ولان الفريضة لو عالت لدخل النقص على الجميع فالرد ينبغي أن ينالهم أيضا فأما الزوجان فلا يرد عليهما باتفاق من أهل العلم إلا أنه روي عن عثمان رضي الله عنه أنه رد على زوج ولعله كان عصبة أو ذا رحم فأعطاه لذلك أو أعطاه من مال بيت المال لا على سبيل الميراث وسبب ذلك إن شاء الله ان أهل الرد كلهم من ذوي الارحام فيدخلون في عموم قول الله تعالى (وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) والزوجان خارجان من ذلك وذهب زيد

جهات ترث بها لم يمكن ان يجمع معها جدة اخرى وارثة عند من لا يورث اكثر من ثلاث .

﴿ فصل ﴾ قال رحمه الله (وللبنت الواحدة النصف)

لا خلاف في ذلك بين علماء المسلمين لقول الله تعالى فان كانت واحدة فلها النصف ولان النبي ﷺ قضى في بنت وبنت ابن واخت ان للبنت النصف ولبنت الابن السدس وما بقي فللاخت وان كانتا ابنتين فصاعدا فلهما الثلثان، أجمع أهل العلم على أن فرض البنتين الثلثان الا رواية شذت عن ابن عباس ان فرضهما النصف لقول الله تعالى (فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك) فمفهومه ان ما دون الثلاث ليس لهما الثلثان والصحيح قول الجماعة فان النبي ﷺ قال لاخي سعد بن الربيع « أعط ابنتي سعد الثلثين » وقال الله تعالى في الاخوات (فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك وهذا تنبيه على أن للبنتين الثلثين لانهما أقرب ولان كل من يرث منهم الواحد النصف فللاثنين منهما الثلثان كالاختين من الابوين او من الاب وكل عدد يختلف فرض أحدهم وجماعتهم فللاثنين منهم مثل فرض الجماعة كولد الام فاما الثلاث من البنات فما زاد فلا خلاف في ان فرضهن الثلثان وأنه ثابت بقول الله تعالى (فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك) واختلفت فيما ثبت به فرض الاثنتين فقيل بهذه الآية والتقدير فان كن اثنتين وفوق صلة كقوله تعالى (فاضربوا فوق الاعناق) أي اضربوا الاعناق وقيل معناه فان كن نساء اثنتين فما فوق وقد دل عليه قول النبي ﷺ حين نزلت هذه الآية لاجل

ابن ثابت إلى أن الفاضل عن ذوي الفروض لبيت المال ولا يرد على أحد فوق فرضه وبه قال مالك والاوزاعي والشافعي رضي الله عنهم لان الله تعالى قال في الاخت (فلها نصف ما ترك) ومن رد عليها جعل لها الكل ولأنها ذات فرض مسمى فلا يرد عليها كالزوج

ولنا قول الله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) وهؤلاء من ذوي الارحام وقد ترجحوا بالقرب إلى الميت فيكونون أولى من بيت المال لانه لسائر المسلمين وذو الرحم أحق من الاجانب عملا بالنص ، وقد قال النبي ﷺ « من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا فالي » وفي لفظ « من ترك دينا فالي ومن ترك مالا فللوارث » متفق عليه وهذا عام في جميع المال ، وروي عن النبي ﷺ أنه قال « تحرز المرأة ثلاثة مواريث لقيطها وعتيقها والولد الذي لاعنت عليه » أخرجه ابن ماجه فجعل لها ميراث ولدها المنفي باللعان كله خرج من ذلك ميراث غيرها من ذوي الفروض بالاجماع بقي الباقي على مقتضى العموم ولانهما من وراث بالرحم فكانت أحق بالمال من بيت المال كعصباته فاما قوله تعالى (فلها نصف ما ترك) فلا ينفي ان يكون لها زيادة عليه بسبب آخر كقوله تعالى (ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) لا ينفي ان يكون للاب السدس وما فضل عن البنت بجهة التعصيب وقوله (ولكم نصف ما ترك أزواجكم) لم ينف ان يكون للزوج مافضل اذا كان ابن عم أو مولى وكذلك الاخ من الام اذا كان ابن عم والبنت وغيرها من ذوي الفروض إذا كانت معتقة كذا ههنا تستحق النصف بالفرض والباقي بالرد وأما الزوجان فليسا من ذوي الارحام

سعد بن الربيع « أعط ابنتي سعد الثلثين » وهذا من النبي ﷺ تفسير للآية وبيان لمعناها واللفظ اذا فسر كان الحكم ثابتا بالمفسر لا بالتفسير ويدل على ذلك أيضا أن سبب نزول الآية قصة ابنتي سعد بن الربيع وسؤال أمهما عن شأنهما في ميراث أبيهما وقيل ثبت بهذه السنة الثابتة وقيل بل ثبت بالتنبيه الذي ذكرناه وقيل بل ثبت بالاجماع وقيل بالقياس وفي الجملة فهذا حكم قد أجمع عليه وتواترت عليه الادلة التي ذكرناها فلا يضرنا أيها أثبته

﴿ مسئلة ﴾ (وبنات الابن بمنزلة البنات اذا لم يكن بنات)

أجمع أهل العلم على أن بنات الابن بمنزلة البنات عند عدمهن في ارثهن وحجبهن لمن يحجبه البنات وفي جعل الاخوات معهن عصبات إلا ماروي عن ابن عباس أنه كان لا يورث الاخوات مع البنات وفي أنهن اذا استكملن الثلثين سقط من أسفل منهن من بنات ابن الابن وغير ذلك والاصل في ذلك قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ماترك وإن كانت واحدة فلها النصف) وولد البنين أولاد لقوله تعالى (يابني آدم) يخاطب بذلك أمة محمد ﷺ وقال (يابني اسرائيل) يخاطب بذلك من في عصر النبي ﷺ منهم . وقال الشاعر :

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا   بنوهن أبناء الرجال الاجانب

﴿مسألة﴾ قال (واذا كانت أخت لاب وأم وأخت لاب وأخت لام فللاخت للاب والام النصف وللاخت للاب السدس وللاخت للام السدس وما بقي يرد عليهن على قدر سهامهن)

فصار المال بينهن على خمسة أسهم للاخت للاب والام ثلاثة أخماس المال وللاخت للاب الخمس وللاخت للام الخمس طريق العمل في الرد أن تأخذ سهام أهل الرد من أصل مسئلتهم وهي أبداً تخرج من ستة إذ ليس في الفروض كلها مالا يؤخذ في الستة الا الربع والثمن وليس لغير الزوجين وليسا من اهل الرد ثم تجعل عدد سهامهم أصل مسئلتهم كما صارت السهام في المسئلة العائلة هي المسئلة التي تضرب فيها العدد الذي انكسرت عليه سهامه فكذا ههنا اذا انكسر على فريق منهم ضربته في عدد سهامهم لان ذلك صار أصل مسئلتهم وينحصر في ذلك أربعة أصول اولها أصل اثنين كجدة وأخ من أم لكل واحد منهما السدس أصلها اثنان ثم تقسم المال عليهما فيصير لكل واحد منهما نصف المال فان كان الجدات ثلاثا فلهن سهم لا ينقسم عليهن اضرب عددهن في أصل المسئلة وهو اثنان تصير ستة للاخ من الام النصف ثلاثة ولكل واحد منهم سهم أصل ثلاثة ام واخ من أم وأم واخوان لام فان كانوا ثلاثة ضربت عددهم في أصل مسئلتهم وهو ثلاثة صارت تسعة ومنها تصح ثلاثة جدات وار بعة اخوة من أم للاخوة

﴿مسئلة﴾ (فان كانت بنت وبنات ابن فللابنة النصف ولبنات الابن واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس تكملة الثلثين إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الانثيين) أما استحقاق البنت الواحدة النصف فلا خلاف فيه، وقد ذكرناه فان كان معها بنت ابن أو أكثر فلها النصف ولبنات الابن السدس تكملة الثلثين وهذا مجمع عليه أيضاً، وقد دل عليه قوله تعالى[1] فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ماترك وإن كانت واحدة فلها النصف) ففرض البنات كلهن الثلثين وبنات الصلب وبنات الابن كلهن نساء من الاولاد فكان لهن الثلثان بفرض الكتاب لا يزدن عليه واختصت بنت الصلب بالنصف لانه مفروض لها والاسم يتناولها حقيقة فبقي السدس لبنات الابن وهو تمام الثلثين ولهذا قال الفقهاء لهن السدس تكملة الثلثين

قد روى هزيل بن شرحبيل الاودي قال سئل أبو موسى عن ابنة وابنة ابن وأخت فقال للابنة النصف وما بقي فللاخت فأتى ابن مسعود فأخبره بقول أبي موسى فقال لقد ضللت إذا وما أنا من المهتدين ولكن أقضي فيها بقضاء رسول الله ﷺ للابنة النصف ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين وما بقي فللاخت فأتينا أبا موسى فأخبرناه بقول ابن مسعود فقال لاتسألوني عن شيء مادام هذا الحبر فيكم متفق عليه بنحو هذا المعنى

(فصل) فاذا كان مع بنات الابن ذكر في درجتهن فانه يعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الانثيين

سهمان يفوافقهم بالنصف يرجع عددهم الى اثنين تضربهما في عدد الجدات ثم في أصل المسئلة صارت ثمانية عشر ومنها تصح، أصل اربعة اخت لابوين واخت لاب أو أم أو اخ لام أوجدة، بنت وأم أوجدة بنت وبنت ابن ، فان كان بنات الابن أربعا ضربتهن في اصل المسئلة وهي اربعة صارت ستة عشر ومنها تصح، أصل خمسة ثلاث أخوات مفترقات للاخت من الاب والام النصف وللاخت من الاب السدس وللاخت من الام السدس وهذه مسئلة الخرقي أم واخت لابوين أو لاب أم وأخت لابوين واخت لاب أو لام ولا تزيد مسائل الرد ابداً على هذا لانها لو زادت سهما لكمل المال ولم يبق شيء منه يرد ، ثلاث جدات وبنت واربع بنات ابن اصلها من خمسة وتصح من ستين ومتى كان الرد على حيز واحد فله جميع المال بالفرض والرد كانه عصبة فان كان شخصا واحداً فالمال له، وان كان جماعة قسمته عليهم على عددهم كالبنين والاخوة

(فصل) فان كان معهم احد الزوجين اعطيته فرضه من اصل مسئلته وقسمت الباقي من مسئلته على فريضة اهل الرد فان انقسم صحت المسئلتان ولا يتفق هذا الا ان يكون للزوج امرأة لها الربع ومسئلة اهل الرد من ثلاثة كامرأة وام واخ لام او ام واخوين لام أو جدة واخوين لام فللمرأة الربع من اربعة يبقى ثلاثة على فريضة اهل الرد وهي ثلاثة فتصح عليها ويصح الجميع من اربعة فان انكسر على عدد منه ضربته في اربعة كاربع زوجات وام واخ لام تصح من ستة عشر وان لم ينقسم

في قول جمهور الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم إلا ابن مسعود ومن تابعه فانه خالف الصحابة فيها وهذه المسئلة انفرد بها عن الصحابة فقال لبنات الابن الا ضرهن من المقاسمة أو السدس فان كان السدس أقل مما يحصل لهن بالمقاسمة فرضه لهن وأعطى الباقي للذكر ، وإن كان الحاصل لهن بالمقاسمة أقل قاسم بهن وبنى ذلك على أصله في أن بنت الابن لا يعصبها أخوها اذا استكمل البنات الثلثين الا أنه ناقص في المقاسمة اذا كانت أضر بهن وكان ينبغي أن يعطيهن السدس على كل حال

ولنا قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) ولانه يقاسمها لو لم يكن غيرهما فتقاسمهما مع بنت الصلب كما لو كانت المقاسمة أضر بهن ولا يصح أصله الذي بني عليه كما قدمنا

﴿ مسئلة ﴾ (وإن استكمل البنات الثلثين سقط بنات الابن إلا أن يكون معهن أو أنزل منهن ذكر فيعصبهن فيما بقي)

أجمع أهل العلم على ذلك لان الله تعالى لم يفرض للاولاد اذا كانوا نساء إلا الثلثين قليلات كن أو كثيرات وهؤلاء لم يخرجن عن كونهن نساء من الاولاد وقد ذهب الثلثان لولد الصلب فلم يبق لهن شيء ولا يمكن أن يشاركن بنات الصلب لانهن دون درجتهن فان كان مع بنات الابن ابن في درجتهن كأخيهن أو ابن عمهن أو أنزل منهن كابن أخيهن أو ابن ابن عمهن أو ابن ابن ابن عمهن عصبهن في الباقي فجعل بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وهذا قول عامة العلماء يروى ذلك عن علي وزيد وعائشة

فاصل مسئلة الزوج على فريضة اهل الرد لم يمكن ان يوافقها أيضا فاضرب فريضة الرد في فريضة الزوج فما بلغ فاليه تنتقل المسئلة فاذا أردت القسمة فلاحد الزوجين فريضة الرد ولكل واحد من اهل الرد سهامه من مسئلته مضروبة في فاضل فريضة الزوج فما بلغ فهو له ان كان واحداً وان كانوا جماعة قسمته عليهم فان لم ينقسم ضربته او وفقه فيما انتقلت اليه المسئلة وتصح على ما مضى في باب التصحيح وهذا ينحصر في أصول خمسة [أحدها] زوج وجدة وأخ لام . للزوج النصف وأصل مسألته من اثنين له سهم يبقى سهم على مسألة الرد وهي اثنان فتضرب اثنين في اثنين يكن أربعة ولا يقع الكسر في هذا الاصل إلا على فريق واحد وهو الجدات فاذا كان أكثر من جدة واحدة فاضرب عددهن في أربعة فما بلغ فمنه تصح

(الاصل الثاني) زوجة وجدة وأخ لام مسألة الزوجة من أربعة ثم تنتقل الى ثمانية ولا يكون الكسر إلا على الجدات أيضا (الاصل الثالث) زوج وبنت وبنت ابن مسألة الزوج من أربعة ثم تنتقل الى ستة عشر وكذلك زوجة وأخت لابوين وأخت لاب أو أخت لام أو جد أو جدة ومثلها زوجة وأخت لاب وأخت لام أوجدة

رضي الله عنهم ، وبه قال مالك والثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وبه قال سائر الفقهاء إلا ابن مسعود ومن تبعه فانه خالف الصحابة في ست مسائل من الفرائض هذه احداهن فجعل الباقي للذكر دون أخواته وهو قول أبي ثور لان النساء من الاولاد لايرثن أكثر من الثلثين بدليل مالو انفردن وتوريثهن ههنا يفضي إلى توريثهن أكثر من ذلك

ولنا قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) وهؤلاء يدخلون في عموم هذا اللفظ بدليل تناوله لهم لو لم يكن بنات وعدم البنات لايوجب لهم هذا الاسم ولان كل ذكر وأنثى يقتسمان المال اذا لم يكن معهم ذو فرض يجب أن يقتسما الفاضل عنه كاولاد الصلب والاخوة مع الاخوات وما ذكروه فهو في الاستحقاق بالفرض فأما في مسئلتنا فانما يستحقون بالتعصيب فكان معتبراً باولاد الصلب والاخوة والاخوات ثم يبطل ماذكروه بما اذا خلف ابنا وست بنات فانهن يأخذن ثلاثة أرباع المال ، وإن كن ثمانيا أخذن أربعة أخماسه وإن كن عشراً أخذت خمسة أسداسه وكلما زدن في العدد زاد استحقاقهن

(فصل) وحكم بنات ابن الابن مع بنات الابن حكم بنات الابن مع بنات الصلب في جميع ماذكرنا في هاتين المسئلتين وفي أنه متى استكمل من فوق السفلى الثلثين سقطت اذا لم يكن لها من يعصبها سواء كل الثلثان لمن في درجة واحدة أو للعليا والتي تليها ، وكذلك كل من نزلت درجته مع من هو أعلى منه .

(فصل) وفروض الاخوات من الابوين كفرض البنات سواء إلا أنه لايعصبهن إلا أخوهن

(الاصل الرابع) زوجة وبنت وبنت ابن ابن أو أم أو جدة مسألة الزوجة من ثمانية ثم تنتقل الى اثنين وثلاثين [الاصل الخامس] زوجة وبنتان وأم مسألة الزوجة من ثمانية ثم تنتقل الى أربعين وكذلك زوجة وبنت وبنت ابن وأم أو جدة ، أخت من أبوين وأخت أو إخوات من أب وأخت من أم أو أم أو جدة ، أختان من أبوين أو من اب وأم أو جدة وأخ من أم وفي جميع ذلك إذا انكسرت سهام فريق منهم عليهم ضربته فيما انتقلت اليه المسألة ومثال ذلك أربع زوجات وإحدى وعشرون بنتا وأربع عشرة جدة مسألة الزوجات من ثمانية فتضرب فيها فريضة الرد وهي خمسة تكن أربعين : الزوجات فريضة أهل الرد خمسة على أربعة لا تصح ولا توافق ويبقى خمسة وثلاثون للجدات خمسها سبعة على أربعة عشرة توافق بالاسباع فيرجعن إلى اثنين ويبقى للبنات ثمانية وعشرون توافقهن بالاسباع فيرجعن الى ثلاث والاثنتان ثم تدخلان في عدد الزوجات فتضرب ثلاثا في أربع تكن اثني عشر ثم في أربعين تكن أربعمائة وثمانين ومتى كان مع أحد الزوجين واحد من أهل الرد أخذ الفاضل كله كأنه عصبة ولا تنتقل المسألة وان كان معهم فريق واحد من أهل الرد كالبنات أو الاخوات قسمت الفاضل عليهم كأنهم عصبة فان انكسر عليهم ضربت عددهم في مسألة الزوج

يعني أن الواحدة من الاخوات للابوين النصف وللاختين فما زاد الثلثان ، فان كانت الاخت لابوين وأخت أو أخوات لاب فلهن باقي الثلثين وذلك السدس تكملة الثلثين كبنات الابن مع البنات فيما ذكرناه وان لم يكن للميت أخوات لابوين وكان له اخوات لاب فلهن حكمهن للواحدة النصف وللاختين فما زاد الثلثان وهذا لا خلاف فيه بين أهل العلم ، فان استكمل الاخوات للابوين الثلثين سقط الاخوات للاب الا ان يكون معهن أخوهن فيعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الانثيين وخالف ابن مسعود في ذلك ومن تبعه من سائر الصحابة والفقهاء فقال اذا استكمل الاخوات للابوين الثلثين فالباقي للذكور من ولد الاب دون الاناث فان كانت اخت لابوين وأخوة وأخوات لاب جعل للاناث من ولد الاب الا ضر بهن من المقاسمة أو السدس وجعل الباقي للذكور كما فعل في ولد الابن مع البنات وقد ذكرناه وأما فرض الثلثين للاختين فصاعدا والنصف للواحدة المفردة فثابت بقول الله تعالى (يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك) وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك) والمراد بهذه الآية ولد الابوين وولد الاب باجماع أهل العلم ، وعن جابر قال : قلت يارسول الله كيف أصنع في مالي ولي أخوات ؟ قال فنزلت آية الميراث (يستفتونك قل الله يفتيكم) الآية رواه أبو داود وروي أن جابراً اشتكى وعنده سبع أخوات فقال النبي ﷺ « قد أنزل الله عز وجل في اخواتك فبين لهن الثلثين وما زاد على الاثنتين في حكمها » لانه إذا كان للاختين الثلثان فالثلاث اختان فصاعدا واما سقوط الاخوات من الاب باستكمال ولد الابوين الثلثين فلان الله تعالى انما فرض للاخوات الثلثين فاذا أخذه ولد الابوين لم يبق مما فرضه

(باب الجدات)

(مسئلة) قال أبو القاسم رحمه الله (وللجدة اذا لم تكن أم السدس)

قال أبو بكر بن المنذر أجمع أهل العلم على أن الجدة السدس اذا لم يكن للميت أم ، وحكى غيره رواية شاذة عن ابن عباس انها بمنزلة الام لأنها تدلي بها فقامت مقامها كالجد يقوم مقام الاب

ولنا ماروى قبيصة بن ذؤيب قال جاءت الجدة الى أبي بكر تطلب ميراثها فقال مالك في كتاب الله عز وجل شيء وما أعلم لك في سنة رسول الله ﷺ شيئاً ولكن ارجعي حتى أسأل الناس ، فقال المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله ﷺ أعطاها السدس ، فقال هل معك غيرك ؟ فشهد له محمد بن مسلمه فأمضاه لها أبوبكر ، فلما كان عمر جاءت الجدة الاخرى فقال مالك في كتاب الله شيء فما كان القضاء الذي قضي به إلا في غيرك وما أنا بزائد في الفرائض شيئا ولكن هو ذاك السدس فان اجتمعتما فهو لكما وأيكما خلت به فهو لها ، رواه مالك في موطئه وأبو داود والترمذي وقال : حديث حسن صحيح . وأما الجد فلا يقوم مقام الاب في جميع أحواله على ماذكرناه ، وأجمع أهل العلم على ان الام تحجب الجدات من جميع الجهات

الله للاخوات شيء يستحقه ولد الأب فان كانت واحدة من أبوين فلها النصف بنص الكتاب وما بقي من الثلثين المفروضة للاخوات سدس يكمل به الثلثان فيكون للاخوات الاب ولذلك قال الفقهاء لهن السدس تكملة الثلثين فان كان ولد الاب ذكورا واناثا فالباقي بينهم لقول الله تعالى (وان كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) ولا يفارق ولد الاب مع ولد الابوين ولد الابن مع ولد الصلب الا في أن بنت الابن يعصبها ابن أخيها وهو أنزل منها وابن عمها والاخت من الاب لا يعصبها الا أخوها فلو استكمل الاخوات من الابوين الثلثين وثم الاخوات لاب وابن أخ لهن لم يكن للاخوات للاب شيء وكان الباقي لابن الاخ لان ابن الابن وان نزل ابن وابن الاخ ليس بأخ

(مسئلة) (والاخوات مع البنات عصبة يرثن مافضل كالاخوة وليست لهن معهن فريضة مسماة)

المراد بالاخوات ههنا الاخوات من الابوين أو من الاب لان ولد الام يسقطن بالولد وولد الابن وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى وهذا قول عامة أهل العلم يروى ذلك عن عمر وعلي وزيد وابن مسعود ومعاذ وعائشة رضي الله عنهم واليه ذهب عامة الفقهاء الا ابن عباس ومن تابعه فانه روي عنه أنه لايجعل الاخوات مع البنات عصبة وقال في بنت وأخت للبنت النصف ولا شيء للاخت فقيل له ان عمر قضى بخلاف ذلك جعل للاخت النصف فقال ابن عباس أنتم أعلم أم الله ؟ يريد قوله سبحانه وتعالى (ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك) فانما جعل لها الميراث بشرط عدم الولد والحق فيما ذهب اليه الجمهور فان ابن مسعود قال في بنت وبنت ابن وأخت لاقضين فيها بقضاء

وقد روى ابن بريدة عن أبيه ان النبي ﷺ جعل للجدة السدس إذا لم يكن دونها أم ، رواه أبو داود ، وهذا يدل على أنها لا ترث معها شيئا ، ولان الجدة تدلي بالام فسقطت بها كسقوط الجد بالاب وابن الابن به ، فأما أم الاب فانها أيضا انما ترث ميراث أم لانها أم ولذلك ترث وابنها حي ولو كان ميراثها من جهته ماورثت مع وجوده

(مسئلة) قال (وكذلك ان كثرن لم يزدن على السدس فرضا)

أجمع أهل العلم على أن ميراث الجدات السدس وان كثرن وذلك لما روينا من الخبر وان عمر شرك بينهما وقد روي نحو ذلك عن أبي بكر رضي الله عنه فروى سعيد ثنا سفيان وهشيم عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد قال جاءت الجدتان الى أبي بكر رضي الله عنه فأعطى أم الام الميراث دون أم الاب فقال له عبد الرحمن بن سهيل بن حارثة وكان شهد بدرا : يا خليفة رسول الله أعطيت التي ان ماتت لم يرثها ومنعت التي لو ماتت ورثها فجعل أبو بكر السدس بينهما ولانهن ذوات عدد لايشركهن ذكر فاستوى كثيرهن وواحدتهن كالزوجات ، وقول الخرقي لم يزدن على السدس فرضا يريد به التحرز من زيادتهن بالرد فانهن يأخذن في الرد زيادة على السدس على ماقد مضى ذكره

رسول الله صلى الله عليه وسلم للبنت النصف ولبنت الابن السدس ومابقي فللاخت رواه البخاري وغيره واحتجاج ابن عباس لايدل على ما ذهب اليه بل يدل على ان الاخت لايفرض لها النصف مع الولد ونحن نقول به فان مايأخذه مع البنت ليس بفرض وانما هو بالتعصيب كميراث الاخ وقدوافق ابن عباس على ثبوت ميراث الاخ مع الولد مع قوله تعالى (وهو يرثها ان لم يكن لها ولد) وعلى قياس قوله ينبغي أن يسقط الاخ لاشتراطه في توريثه منها عدم الولد وهو خلاف الاجماع. ثم ان النبي ﷺ هو المبين لكلام الله تعالى وقد جعل للاخت مع البنت وبنت الابن الباقي عن فرضهما وهو الثلث ولو كان ابنتان وبنت ابن سقطت بنت الابن وكان للاخت الباقي وهو الثلث فان كان معهم أم فلها السدس ويبقى للاخت السدس فان كان بدل الام زوج فالمسئلة من اثني عشر للزوج الربع وللبنتين الثلثان وبقي للاخت نصف السدس فان كان معهم أم عالت الى ثلاثة عشر وسقطت الاخت

(فصل) وللواحد من ولد الام السدس ذكراً كان أو انثى فان كانا اثنين فصاعدا فلهم الثلث بينهم بالسوية أما استحقاق الواحد من ولد الام السدس فلاخلاف فيه ذكراً كان أو انثى لقول الله تعالى (وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو اخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) يعني ولد الام باجماع أهل العلم وفي قراءة سعد وعبدالله (وله اخ أو أخت من أم) وأما التسوية بين ولد الام فلا نعلم فيه خلافا الا رواية شذت عن ابن عباس أنه فضل الذكر على الانثى لقول الله (فهم شركاء في الثلث) وقال في آية اخرى (وان كانوا أخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) ولنا قول الله تعالى (وله أخ أو اخت فلكل واحد منهما السدس) فسوى بين الذكر والانثى

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في توريث جدتين أم الام وأم الاب وكذلك ان علتا وكانتا في القرب سواء كام أم وأم أم أب الا ماحكي عن داود أنه لايورث أم أم الاب شيئا لانه لايرثها فلا ترثه ولانها غير مذكورة في الخبر

ولنا أن النبي ﷺ أعطى ثلاث جدات ومن ضرورته أن يكون فيهن أم أم الاب أو من هي أعلى منها وما ذكره داود فهو قياس وهو لايقول بالقياس ثم هو باطل بام الام فانها ترثه ولا يرثها، وقوله ليست مذكورة في الخبر قلنا وكذلك أم أم الام واختلفوا في توريث ما زاد عليهما فذهب أبو عبد الله الى توريث ثلاث جدات من غير زيادة عليهن وروي ذلك عن علي وزيد بن ثابت وابن مسعود رضي الله عنهم . وروي نحوه عن مسروق والحسن وقتادة، وبه قال الاوزاعي واسحاق، وروي عن سعد بن أبي وقاص مايدل على أنه لايورث أكثر من جدتين. وحكى ذلك عن أبي بكر ابن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام وسليمان بن يسار وطلحة بن عبد الله بن عوف وربيعة وابن هرمز ومالك وابن أبي ذئب وأبي ثور وداود وقاله الشافعي في القديم ، وحكي عن الزهري أنه قال لانعلم ورث في الاسلام إلا جدتين . وحكي عن سعد بن أبي وقاص أنه أوتر بركعة فعابه ابن مسعود فقال سعد أتعيبني وأنت تورث ثلاث جدات؟

وروي عن ابن عباس أنه ورث الجدات وإن كثرن اذا كن في درجة واحدة الا من أدلت باب غير وارث كام أب الام ، قال ابن سراقة وبهذا قال عامة الصحابة إلا شاذاً واليه ذهب الحسن وابن

وقوله (فهم شركاء في الثلث) من غير تفضيل يقضي التسوية بينهم كما لو وصى لهم بشيء أو اقر لهم به ، وأما الآية الاخرى فالمراد بها ولد الابوين وولد الاب بدليل أنه جعل للواحدة النصف وللاثنتين الثلثين وجعل الاخ يرث اخاه الكل وهذا مجمع عليه فلا عبرة بقول شاذ

(فصل) في الحجب قال رحمه الله (يسقط الجد بالاب وكل جد بمن هو اقرب منه)

قال ابن المنذر اجمع اهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ على أن الجد أبا الاب لايحجبه عن الميراث غير الاب وكذلك كل جد يسقط بمن هو أقرب منه لانه يدلي به فهو كاسقاط الجد بالاب وتسقط الجدات بالام . قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن للجدة السدس اذا لم يكن للميت أم ولانهن أمهات فسقطن بالام كما يسقط الاب الجد ويسقط ولد الابن بالابن لانه إن كان أباه فهو يدلي به وإن كان عمه فهو أقرب منه فسقط به كما يسقط الجد بالاب وإن كان عمه فهو أقرب منه لقوله عليه الصلاة والسلام « الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلاولى رجل ذكر »

(مسألة) (ويسقط ولد الابوين بثلاثة بالابن وابنه والاب)

أجمع أهل العلم على ذلك بحمد الله ذكره ابن المنذر وغيره والاصل في هذا قوله تعالى (يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ماترك وهو يرثها إن لم يكن

سيرين والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وهو رواية المزني عن الشافعي رضي الله عنه وهو ظاهر كلام الخرقي فانه سمى ثلاث جدات متحاذيات ثم قال وإن كثرن فعلى ذلك واحتجوا بأن الزائدة جدة أدلت بوارث فوجب أن ترث كاحد الثلاث

ولنا ماروى سعيد عن ابن عيينة عن منصور عن ابراهيم أن النبي ﷺ ورث ثلاث جدات ثنتين من قبل الاب وواحدة من قبل الام . وأخرجه ابو عبيد والدارقطني

وروى سعيد أيضا عن ابراهيم أنه قال كانوا يرثون من الجدات ثلاثا ثنتين من قبل الاب وواحدة من قبل الام وهذا يدل على التحديد بثلاث وأنه لايرث أكثر منهن : واذا ثبت هذا فان الوارثات هي أم الام وإن علت درجتها وأم الاب وأمهاتها وإن علت درجتهن وأم الجد وأمهاتها ولا ترث أم أب الجد ولا كل جدة أدلت بأكثر من ثلاثة آباء وهؤلاء الجدات المختلف فيهن وأجمع أهل العلم على أن الجدة المدلية بأب غير وارث لاترث وهي كل جدة أدلت باب بين أمين كام أبي الام الا ماحكي عن ابن عباس وجابر بن زيد ومجاهد وابن سيرين أنهم قالوا ترث وهو قول شاذ لا نعلم اليوم به قائلا وليس بصحيح فانها تدلي بغير وارث فلم ترث كالاجانب وأمثلة ذلك، أم أم وأم أب السدس بينهما اجماعا، أم أم أم وأم أم أب وأم أبي أب وأم أبي أم السدس للثلاث الاول إلا عند مالك وموافقيه فانه للاولين وعند داود هو للاولى وحدها ولا ترث الرابعة إلا في قول شاذ عن ابن عباس

لها ولد) الآية والمراد بذلك الاخوة والاخوات من الابوين أو من الاب بغير خلاف بين أهل العلم وقد دل ذلك على قوله تعالى (وهو يرثها إن لم يكن لها ولد) وهذا حكم العصبة فاقتضت الآية أنهم لايرثون مع الولد والوالد لان الكلالة من لاولد له ولا والد خرج من ذلك البنات والام لقيام الدليل على ميراثهم معهما بقي فيما عداهما على ظاهره فيسقط ولد الابوين ذكرهم وأنثاهم بالثلاثة المذكورين وإن نزل ولد الابن وهم الاب لانهم يدلون به والابن لانهم يأخذون الفاضل عن فرض البنات والابن لايفضل عنه شيء ، وكذلك ابن الابن وإن نزل لانه ابن ويسقط ولد الاب بهؤلاء الثلاثة وبالاخ من الابوين لما روى علي رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قضى بالدين قبل الوصية وأن أعيان بني الام يتوارثون دون بني العلات يرث الرجل أخاه لابيه وأمه دون أخيه لابيه. أخرجه الترمذي

﴿ مسئلة ﴾ (ويسقط ولد الام بأربعة بالولد ذكراً كان أو أنثى وولد الابن والاب والجد)

أجمع على هذا أهل العلم فلا نعلم أحداً خالف فيه إلا رواية واحدة شذت عن ابن عباس في أبوين وأخوين لام للام الثلث وللاخوين الثلث وقيل عنه لهما ثلث الباقي وهذا بعيد جداً فانه يسقط الاخوة كلهم بالجد فكيف يورثهم مع الاب ؟ ولا خلاف بين سائر أهل العلم في أن ولد الام يسقطون بالجد فكيف يورثون مع الاب ؟ والاصل في هذه الجملة قول الله تعالى (وإن كان رجل يورث كلالة او امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) والمراد بهذه

وموافقيه أم أم أم وأم أم أم أب وأم أم أبي أب، وأم أبي أبي أب وأم أم أبي أم وأم أبي أم أم وأم أبي أبي أم وأم أبي أم أب السدس للاولى عند داود وللاوليين عند مالك وموافقيه وللثلاث الاول عند أحمد وموافقيه وللاربع الاول عند أبي حنيفة وموافقيه وتسقط الاربع الباقيات إلا في الرواية الشاذة، وفي الجملة لا يرث من قبل الام إلا واحدة ولا من قبل الاب الا اثنتان وهما اللتان جاء ذكرهما في الخبر إلا عند أبي حنيفة وموافقيه فانه كلما علون درجة زاد في عددهن من قبل الاب واحدة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإن كان بعضهن أقرب من بعض كان الميراث لاقربهن)

أما اذا كانت احدى الجدتين أم الاخرى فأجمع أهل العلم على أن الميراث للقربى وتسقط البعدى بها، وإن كانتا من جهتين والقربى من جهة الام فالميراث لها وتحجب البعدى في قول عامتهم الا ماروي عن ابن مسعود ويحيى بن آدم وشريك أن الميراث بينهما، وعن ابن مسعود ان كانتا من جهتين فهما سواء وإن كانتا من جهة واحدة فهو للقربى يعني به أن الجدتين من قبل الاب إذا كانت إحداهما أم الاب والاخرى أم الجد سقطت أم الجد بام الاب وسائر أهل العلم على أن القربى من جهة الام تحجب البعدى من جهة الاب فأما القربى من جهة الاب فهل تحجب البعدى من جهة الام؟ فمن احمد فيها روايتان (إحداهما) أنها تحجبها ويكون الميراث للقربى وهذا قول علي عليه السلام وإحدى

الآية الاخ والاخت من الام باجماع أهل العلم . وفي قراءة سعد بن أبي وقاص (وله أخ أو أخت من أم) والكلالة في قول الجمهور من ليس له ولد ولا والد فشرط في توريثهم عدم الولد والوالد والولد يشتمل على الذكر والانثى والوالد يشمل الاب والجد وولد الابن ولد

(فصل) واختلف أهل العلم في الكلالة فقيل الكلالة اسم للورثة ماعدا الوالدين والمولودين نص عليه أحمد وروي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال الكلالة من عدا الوالد والولد واحتج من ذهب الى هذا بقول الفرزدق في بني أمية :

ورثتم قناة المجد لا عن كلالة ... عن ابني مناف عبد شمس وهاشم

واشتقاقه من الاكليل الذي يحيط بالرأس ولا يعلو عليه فكان الورثة ما عدا الولد والوالد وقد أحاطوا بالميت من حوله لا من طرفيه أعلاه وأسفله كاحاطة الاكليل بالرأس فأما الولد والوالد فهما طرفا الرجل فاذا ذهبا كان بقية النسب كلالة قال الشاعر :

فكيف بأطرافي إذا ما شتمتني؟ ... وما بعد شتم الوالدين صلوح

وقالت طائفة الكلالة الميت نفسه الذي لا ولد له ولا والد يروى ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وقيل الكلالة قرابة الام واحتجوا ببيت الفرزدق الذي أنشدناه عنى إنكم ورثتم الملك عن آبائكم لا عن أمهاتكم ويروى عن الزهري أنه قال الميت الذي لا ولد له ولا والد كلالة ويسمى وارثه كلالة

الروايتين عن زيد وبه قال ابو حنيفة وأصحابه وأهل العراق وهو قول الشافعي ، والرواية الثانية عن أحمد هو بينهما وهي الرواية الثابتة عن زيد وبه قال مالك والاوزاعي وهو القول الثاني للشافعي رضي الله عنه لان الاب الذي تدلي به الجدة لايحجب الجدة من قبل الام فالتي تدلي به أولى أن لايحجبها وبهذا فارقتها القربى من قبل الام فانها تدلي بالام وهي تحجب جميع الجدات

ولنا أنها جدة قربى فتحجب البعدى كالتي من قبل الأم ولان الجدات أمهات يرثن ميراثا واحداً من جهة واحدة فاذا اجتمعن فالميراث لأقربهن كالآباء والابناء والاخوة والبنات وكل قبيل إذا اجتمعوا فالميراث لاقربهم ، وقولهم ان الاب لايسقطها قلنا لانهن لايرثن ميراثه انما يرثن ميراث الامهات لكونهن أمهات ولذلك أسقطتهن الام والله أعلم

(مسائل) من ذلك أم أم وأم أم أب المال للأولى إلا في قول ابن مسعود هو بينهما: أم أب وأم أم أم المال للاولى في قول الخرقي ، وفي الرواية الاخرى هو بينهما أم أب وأم أم وأم جد المال للاوليين في قول الجميع إلا في قول شريك وموافقيه هو بينهن: أم أب وأم أم وأم أم أم وأم أبي أب هو للاوليين في قول الجميع

(فصل) إذا اجتمعت جدة ذات قرابتين مع أخرى فقياس قول أبي عبدالله أن السدس بينهما اثلاثا لذات القرابتين ثلثاه وللأخرى ثلثه كذلك قال ابو الحسن التميمي وأبو عبدالله العرني واعلها

والآيتان في سورة النساء المراد بالكلالة فيهما الميت ولا خلاف في أن اسم الكلالة يقع على الاخوة من الجهات كلها وقد دل على صحة ذلك قول جابر يارسول الله كيف الميراث ؟ انما يرثني كلالة فجعل الوارث هو الكلالة ولم يكن لجابر يومئذ ولد ولا والد ، وممن ذهب الى انه يشترط في الكلالة عدم الولد والوالد زيد وابن عباس وجابر بن زيد والحسن وقتادة والنخعي واهل المدينة والبصرة والكوفة ويروى عن ابن عباس أنه قال الكلالة من لا ولد له ، ويروى ذلك عن عمر والصحيح عنهما قول الجماعة

﴿ باب العصبات ﴾

العصبة الوارث بغير تقدير واذا كان معه ذو فرض أخذ مافضل عنه قل أو كثر وإن انفرد أخذ المال كله وإن استغرقت الفروض المال سقط وهم كل ذكر من الاقارب ليس بينه وبين الميت انثى وهم عشرة :الابن وابنه والاب وأبوه والاخ وابنه إلا من الام، والعم وابنه كذلك ومولى النعمة ومولاة النعمة، وأحقهم بالميراث أقربهم ويسقط من بعد لقول النبي ﷺ «الحقوا الفرائض باهلها فما بقي فلاولى رجل ذكر » متفق عليه وأخرجه الترمذي . وفي رواية « ماأبقت الفروض فلأولى رجل ذكر »

أخذا ذلك من قوله في توريث المجوس بجميع قراباتهم وهذا قول يحيى بن آدم والحسن بن صالح ومحمد ابن الحسن والحسن بن زياد وزفر وشريك ، وقال الثوري والشافعي رضي الله عنه وابو يوسف السدس بينهما نصفان وهو قياس قول مالك لان القرابتين إذا كانتا من جهة واحدة لم يرث بهما جميعا كالاخ من الاب والام

ولنا أنها شخص ذو قرابتين ترث بكل واحدة منهما منفردة ولا يرجح بها على غيره فوجب أن يرث بكل واحدة منهما كابن العم إذا كان أخا أو زوجا ، وفارق الاخ من الابوين فانه رجح بقرابتيه على الاخ من الاب ولا يجمع بين الترجيح بالقرابة الزائدة والتوريث بها فاذا وجد أحدهما انتفى الآخر وههنا قد انتفى الترجيح فيثبت التوريث . وصورة ذلك أن يتزوج ابن ابن المرأة بنت بنتها فيولد لهما ولد فتكون المرأة أم ام أمه وهي له أم أبي أبيه وان تزوج ابن بنتها بنت بنتها فهي أم أم أمه وأم أم أبيه وان أدلت الجدة بثلاث جهات ترث بهن لم يمكن أن يجتمع معها جدة أخرى وارثة عند من لا يورث أكثر من ثلاث

﴿مسئلة﴾ قال (والجدة ترث وابنها حي)

وجملته ان الجدة من قبل الاب اذا كان ابنها حيا ورثت فان عمر وابن مسعود وابا موسى وعمران

وأقربهم الابن ثم ابنه وان نزل لان الله سبحانه قال (يوصيكم الله في أولادكم) والعرب تبدأ بالأهم فالاهم ، ثم الاب لان سائر العصبات يدلون به ، ثم الجد أبو الاب وإن علا لانه أب مالم يكن اخوة لاب أو لابوين فان اجتمعوا فلهم فصل مفرد قد ذكرناه وذكرنا اختلاف أهل العلم في ذلك وفي كيفية توريثهم ، ثم بنو الاب وهم الاخوة ، ثم بنوهم وإن نزلوا ، ثم بنو الجد وهم الاعمام وإن نزلوا ثم أعمام الاب ثم أبناؤهم ثم أعمام الجد ثم ابناؤهم كذلك أبداً لا يرث بنو أب أعلى مع بني أب أقرب منهم وإن نزلت درجتهم لما ذكرنا من الحديث ، وأولى ولد كل أب أقربهم اليه فان استووا فأولاهم من كان لابوين لما ذكرنا من حديث علي رضي الله عنه وهذا كله مجمع عليه

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا انقرض العصبة من النسب ورث المولى المعتق ثم عصباته الاقرب فالاقرب) لقوله عليه الصلاة والسلام « انما الولاء لمن أعتق » وسنذكره في بابه إن شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ (وأربعة من الذكور يعصبون أخواتهم فيمنعونهن الفرض ويقتسمون ماورثوا للذكر مثل حظ الانثيين وهم الابن وابنه والاخ من الابوين والاخ من الاب ومن عداهم من العصبات)

ينفرد الذكور بالميراث دون الاناث وهم بنو الاخوة والاعمام وبنوهم وذلك لقول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) فهذه الآية تناولت الاولاد وأولاد الابن وقال تعالى (فان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) فتناولت ولد الابوين وولد الاب

ابن الحصين وابا الطفيل رضي الله عنهم ورثوها مع ابنها ، وبه قال شريح والحسن وابن سيرين وجابر بن زيد والعنبري واسحاق وابن المنذر وهو ظاهر مذهب احمد بن حنبل رضي الله عنه وقال زيد بن ثابت لا ترث وروي ذلك عن عثمان وعلي رضي الله عنهما وبه قال مالك والثوري والاوزاعي وسعيد بن عبد العزيز والشافعي وابن جابر وأبو ثور وأصحاب الرأي وهو رواية عن أحمد رواه عنه جماعة من أصحابه ولا خلاف في توريثها مع ابنها إذا كان عما أو عم أب لانها لا تدلي به ، واحتج من أسقطها بابنها بأنها تدلي به فلا ترث معه كالجد مع الاب وأم الام مع الام

ولنا ما روى ابن مسعود رضي الله عنه قال أول جدة أطعمها رسول الله ﷺ السدس أم أب مع ابنها وابنها حي ، أخرجه الترمذي ورواه سعيد بن منصور إلا أن لفظه أول جدة أطعمت السدس أم أب مع ابنها . وقال ابن سيرين أول جدة أطعمها رسول الله ﷺ السدس أم أب مع ابنها ، ولان الجدات أمهات يرثن ميراث الام لاميراث الاب فلا يحجبن به كأمهات الام ﴿ مسائل ذلك ﴾ أم أب وأب لها السدس والباقي له وعلى القول الآخر الكل له دونها . أم أم وأم اب وأب السدس بينهما على القول الاول ، وعلى الثاني السدس لأم الام والباقي للاب وقيل لام الام نصف السدس والباقي للاب لان الاب لو عدم لم يكن لام الام الا نصف السدس فلا يكون لها مع وجوده إلا ما كان لها مع عدمه ، والاول أصح لان الاخوة مع الابوين يحجبون الام عن نصف ميراثها ولا يأخذون

وانما اشتركوا لان الرجال والنساء كلهم وارث فلو فرض للنساء فرض أفضى إلى تفضيل الانثى على الذكر أو مساواتها إياه أو اسقاطه بالكلية فكانت المقاسمة أولى وأعدل، وسائر العصبات ليس اخواتهم من أهل الميراث فانهن لسن بذوات فرض ولا يرثن منفردات فلا يرثن مع اخوتهن شيئا وهذا لاخلاف فيه بحمد الله ومنه

﴿ مسئلة ﴾ (وابن ابن الابن يعصب من بازائه من أخواته وبنات عمه وبنات عم أبيه على كل حال اذا لم يكن لهن فرض ويسقط من هو أنزل منه كبناته وبنات أخيه وبنات ابن عمه وكلما نزلت درجتنا زاد قبيل يعصبه قبيل آخر)

فلو خلف الميت خمس بنات ابن بعضهن أنزل من بعض لاذكر معهن وعصبة كان للعليا النصف وللثانية السدس وسقط سائرهن والباقي للعصبة وإن كان مع العليا أخوها أو ابن عمها فالمال بينهما على ثلاثة وسقط سائرهن ، وإن كان مع الثانية عصبة كان للعليا النصف والباقي بينه وبين الثانية على ثلاثة وإن كان مع الثالثة فللعليا النصف وللثانية السدس والباقي بينه وبين الثالثة وان كان مع الرابعة فللعليا النصف وللثانية السدس والباقي بينه وبين الثالثة والرابعة على أربعة ، وإن كان مع الخامسة فالباقي بعد فرض الاولى والثانية بينه وبين الثالثة والرابعة والخامسة على خمسة وتصح من ثلاثين ، وان كان أنزل من الخامسة فكذلك قال شيخنا ولا أعلم في هذا خلافا بين القائلين بتوريث بنات الابن مع بني الابن بعد استكمال الثلثين

ماحجبوها عنه بل يتوفر ذلك على الاب كذا ههنا : ثلاث جدات متحاذيات وأب السدس بينهن على القول الاول ولام الام على القول الثاني وعلى الثالث لأم الام ثلث السدس والباقي للاب وان كان مع المتحاذيات جدات لمحجب الأمه[1] أب وأم أب وأم ام ام على قول الخرقي السدس لام الاب ومن حجب الجدة بابنها أسقط ام الاب، ثم اختلف القائلون بذلك فقيل السدس كله لام ام الام لان التي تحجبها أو تزاحمها قد سقط حكمها فصارت كالمعدومة وقيل بل لها نصف السدس على قول زيد لانه يورث البعدى من جهة الام مع القربى من جهة الاب فكان لها نصف السدس وقيل لاشيء لها لانها انحجبت بأم الاب ثم انحجبت أم الاب بالاب فصار المال كله للاب

(1) وفي نسخة جد لم يرثه إلا امه

(مسئلة) قال (والجدات المتحاذيات أن تكون أم أم وأم أم أب وأم أبي أب وان كثرن فعلى ذلك)

يعني بالمتحاذيات المتساويات في الدرجة بحيث لا تكون واحدة أعلى من الاخرى، ولا أنزل منها لان الجدات انما يرثن كلهن إذا كن في درجة واحدة ومتى كان بعضهن اقرب من بعض فالميراث لاقربهن، فاذا قيل ترك جدتين وارثتين على أقرب المنازل فهما أم أمه وأم أبيه وان قيل ترك ثلاثا فهن كما قال الخرقي أم ام ام وأم أم اب وأم ابي اب ، واحدة من قبل الام واثنتان من قبل الاب وهما ام أمه وأم ابيه كما جاء الحديث، وفي درجتهن أخرى من قبل الام غير وارثة وهي ام أبي الام ولا يرث

﴿ مسئلة ﴾ (ومتى كان بعض بني الاعمام زوجا أو أخا لأم أخذ فرضه وشارك الباقين في تعصيبهم)

وجملة ذلك أنه اذا كان ابنا عم أحدهما اخ لأم فللاخ للام السدس والباقي بينهما نصفين هذا قول جمهور الفقهاء . يروى عن عمر رضي الله عنه ما يدل على ذلك ويروى ذلك عن علي وزيد وابن عباس وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ومن تبعهم ، وقال ابن مسعود المال للذي هو أخ من أم ، وبه قال شريح والحسن وابن سيرين وعطاء والنخعي وابو ثور لانهما استويا في قرابة الاب وفضله هذا بأم فصارا كاخوين أو عمين أحدهما لابوين والآخر لاب ولان ابن العم لابوين يسقط ابن العم للاب كذلك هذا فاذا كان قربه بكونه من ولد الجدة قدمه فكونه من ولد الام أولى

ولنا أن الاخوة من الام يفرض له بها اذا لم يرث بالتعصيب وهو اذا كان معه أخ من أبوين أو من أب او عم وما يفرض له به لايرجح به كما لو كان احدهما زوجا، ويفارق الاخ من الابوين والعم وابن العم اذا كانا من أبوين فانه لايفرض له بقرابة أمه شيء فرجح به ولا يجتمع في إحدى القرابتين ترجيح وفرض

(فصل) فان كان معهما أخ لاب فللاخ من الام السدس والباقي للاخ من الاب وكذلك ان كان معهما اخ لابوين فان كان ابن عم لابوين وابن عم هو اخ لام فعلى قول الجمهور للاخ السدس والباقي للآخر وعلى قول ابن مسعود المال كله لابن العم الذي هو اخ لام

أبداً من قبل الام الا واحدة وهي التي كل نسبها أمهات لا أب فيهن فاحفظ ذلك، فان قيل ترك اربعاً فهن امام ام ام وأم ام ام اب وأم ام ابي اب وأم ابي ابي اب وفي درجتهن أربع غير وارثات، وقد ذكرناهن فيما تقدم الا أن مذهب احمد لا يورث اكثر من ثلاث جدات وهن الثلاث الاول . ويحتمل قول الخرقي توريثهن وان كثرن ، فعلى هذا القول كلما زاد درجة زادت جدة ويرث في الدرجة الخامسة خمس وفي السادسة ست وفي السابعة سبع وعلى هذا أبداً ، وقول الخرقي : وان كثرن فعلى ذلك ، يحتمل انه ذهب الى توريث الجدات على هذا الوجه وان كثرن . ويحتمل انه أراد وان كثرن فلا يرث إلا هؤلاء الثلاث ، فعلى هذا القول لا يرث أكثر من ثلاث: واحدة من قبل الام واثنتان من قبل الاب وهما أم امه وأم ابيه وأمهاتهما ولا يرث جدة في نسبها اب بين امين ولا ثلاثة آباء ، وان أردت تنزيل الجدات الوارثات وغيرهن فاعلم ان للميت في الدرجة الاولى جدتين ام امه وأم أبيه وفي الثانية أربع لان لكل واحد من أبويه جدتين فهما أربع بالنسبة اليه. وفي الثالثة ثمان لان لكل واحد من أبويه أربعاً على هذا الوجه فيكون لولدهما ثمان وعلى هذا كلما علون درجة تضاعف عددهن ولا يرث منهن إلا ثلاث والله أعلم

(فصل) فان كان ابنا عم احدهما اخ لأم وبنت او بنت ابن فللبنت او بنت الابن النصف والباقي بينهما نصفين وسقطت الاخوة من الام بالبنت ولو كان الذي ليس باخ ابن عم من ابوين أخذ الباقي كله لذلك وعلى قول ابن مسعود الباقي للاخ في المسئلتين بدليل ان الاخ من الابوين يتقدم على الاخ من الاب بقرابة الام ، وإن كان في الفريضة بنت تحجب قرابة الام . وحكي عن سعيد بن جبير ان الباقي لابن العم الذي ليس باخ وان كان من اب لانه يرث بالقرابتين ميراثا واحداً فاذا كان في الفريضة من يحجب احدهما سقط ميراثه كما لو استغرقت الفروض المال سقط الاخ من الابوين ولم يرث بقرابة الام بدليل المسئلة المشركة

ولنا على ابن مسعود ان البنت يسقط الميراث بقرابة الام فيبقى التعصيب منفرداً فيرث به وفارق ولد الابوين فان قرابة الام ثم يرجح بها ولا يفرض لها فلا تؤثر فيها بحجبها وفي مسئلتنا يفرض له بها فاذا كان في الفريضة من يحجبها سقطت ولانه لو كان مع ابن العم الذي هو اخ اخ من اب وبنت لحجبت البنت قرابة الام ولم ترث بها شيئا وكان للبنت النصف والباقي للاخ من الاب ولولا البنت لورث بكونه اخا من ام السدس واذا حجبته البنت مع الاخ من الاب وجب أن تحجبه في كل حال لان الحجب بها لا بالاخ من الاب وما ذكره سعيد بن جبير ينتقض بالاخ من الابوين مع البنت وبابن العم اذا كان زوجا ومعه من يحجب بني العم ، ولا نسلم انه يرث ميراثا واحداً بل يرث بقرابتيه ميراثين كشخصين فصار كابن العم الذي هو زوج، وفارق الاخ من الابوين فانه لا يرث الا ميراثا واحداً فان قرابة الام لا يرث بها منفردة

﴿ باب من يرث من الرجال والنساء ﴾

(مسئلة) قال (ويرث من الرجال الابن ثم ابن الابن وان سفل والاب ثم الجد وان علا والاخ ثم ابن الاخ والعم ثم ابن العم والزوج ومولى النعمة . ومن النساء البنت وبنت الابن والام والجدة والاخت والزوجة ومولاة النعمة)

فهؤلاء مجمع على توريثهم وأكثرهم ثبت توريثه بالكتاب والسنة فالابن ثبت ميراثه بقوله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) وابن الابن والابوان ثبت ميراثهما بقوله تعالى (ولأبويه لكل واحد منهما السدس) والجد يحتمل أن يتناوله قوله تعالى (ولأبويه) كما دخل ابن الابن في عموم أولادكم. والاخ والاخت من الام ثبت ميراثهما بقوله تعالى (وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس) وولد الابوين والاب ثبت ارثه بقوله تعالى وهو يرثها إن لم يكن لها ولد) وأما ابن الاخ للابوين أو للاب والعم وابنه وعم الاب وابنه فثبت ميراثهم بقول النبي ﷺ « ماأبقت الفروض فلأولى رجل ذكر » ولم يدخل فيهم ولد الام ولا العم للأم ولا ابنه ولا الخال ولا أبو الام لانهم ليسوا من العصبات وأما المولى المعتق والمولاة فثبت ارثهما بقوله عليه السلام « الولاء

(فصل) فحصل خلاف ابن مسعود في مسائل ست هذه الواحدة (والثانية) في بنات وبنات ابن وابن ابن الباقي عنده لابن الابن دون اخواته (الثالثة) في أخوات لابوين وأخ واخوات لاب الباقي عنده للاخ دون اخواته (الرابعة) بنت وابن ابن وبنات ابن لبنات الابن الأضر بهن من السدس او المقاسمة (الخامسة) اخت لابوين واخ واخوات لاب للاخوات عنده الأضر بهن من ذلك (السادسة) كان يحجب الزوجين والام بالكفار والعبيد والقاتلين ولا يورثهم

(فصل) ابن ابن عم هو أخ لام وابن ابن عم آخر للاخ السدس والباقي بينهما وعند ابن مسعود الكل للاخ وسقط الآخر فان كان أحدهما ابن أخ لام فلاشيء له بقرابة الاخوة لان ابن الاخ للام من ذوي الارحام ، وإن كان عمان أحدهما خال لام لم يرجح بخؤولته ، وقيل على قياس قول ابن مسعود وجهان (أحدهما) لايرجح بها (والثاني) يرجح بها على العم الذي هو من أب فيأخذ المال لانه ابن الجد والجدة والآخر ابن الجد لاغير ، وان كان العم الآخر من أبوين فالمال بينهما لان كل واحد منهما يدلي بجده وهما ابنا الجد وهكذا القول في ابني عم أحدهما خال او ابني ابني عم أحدهما خال فأما على قول عامة الصحابة فلا أثر لهذا عندهم

(فصل) ابنا عم أحدهما زوج للزوج النصف والباقي بينهما نصفين عند الجميع فان كان الآخر أخا لام فللزوج النصف وللاخ السدس والباقي بينهما أصلها من ستة للزوج أربعة وللاخ اثنان

لمن اعتق والجدة أطعمها النبي ﷺ السدس والزوج ثبت ارثه بقوله تعالى (ولكم نصف ماترك أزواجكم) والزوجة ثبت بقوله تعالى (ولهن الربع مما تركتم)

(فصل) وجميعهم ضربان ذو فرض وعصبة فالذكور كلهم عصبات إلا الزوج والاخ من الام وإلا الاب والجد مع الابن . والاناث كلهن إذا انفردن عن اخوتهن ذوات فرض الا المولاة المعتقة ولا الاخوات مع البنات . وعدد العصبات الابن وابنه وان نزل والاب وأبوه وإن علا والاخ من الابوين والاخ من الاب وابناهما وان نزلا والعمان كذلك وابناهما وان نزلا وعما الاب وابناهما كذلك أبداً ومولى النعمة . وعدد الاناث البنات وبنات الابن والام والجدة من الجهتين وان علت ، والاخوات من الجهات الثلاث والاخ من الام والزوج والزوجة . ومن لا يسقط بحال خمسة: الزوجان والابوان وولد الصلب لأنهم يدلون بانفسهم من غير واسطة بينهم وبين الميت يحجبهم، ومن سواهم من الوراث انما يدلي بواسطة سواه فيسقط بمن هو أولى بالميت منه

باب ميراث الجد

روى ابو داود باسناده عن قتادة عن الحسن عن عمران بن الحصين أن رجلا أتى النبي ﷺ فقال ان ابن ابني مات فما لي من ميراثه؟ قال «لك السدس» فلما أدبر دعاه فقال «إن لك سدساً آخر» فلما

وترجع بالاختصار إلى ثلاثة وعند ابن مسعود الباقي للاخ فتكون من اثنين لكل واحد منهما سهم ثلاثة بني عم أحدهم زوج والآخر أخ لام للزوج النصف وللاخ السدس والباقي بينهم على ثلاثة أصلها من ستة تضرب فيها الثلاثة تكن ثمانية عشر للزوج تسعة وللاخ ثلاثة يبقى ستة بينهم على ثلاثة فيحصل للزوج أحد عشر وهي النصف والتسع وللاخ خمسة وهي السدس والتسع وللثالث التسع سهمان ، فان كان الزوج ابن عم من أبوين فالباقي له ، وإن كان هو والثالث من أبوين فالثلث الباقي بينهما ، وتصح من ستة للزوج الثلثان ولكل واحد من الآخرين سدس وعند ابن مسعود أن الباقي بعد فرض الزوج للذي هو أخ من أم

(فصل) أخوان من أم أحدهما ابن عم فالثلث بينهما والباقي لابن العم وتصح من ستة لابن العم خمسة وللآخر سهم ، ولا خلاف في هذه المسئلة فان كانوا ثلاثة إخوة أحدهم ابن عم فالثلث بينهم على ثلاثة والباقي لابن العم وتصح من تسعة ، وإن كان اثنان منهم ابني عم فالباقي بعد الثلث بينهما وتصح من تسعة

(فصل) ثلاثة إخوة لأم أحدهم ابن عم وثلاثة بني عم أحدهم أخ لام فاضمم واحداً من كل عدد إلى العدد الآخر يصر معك أربعة بني عم وأربعة إخوة فهم ستة في العدد ، وفي الاحوال ثمانية ثم اجعل الثلث للاخوة على أربعة والثلثين لبني العم على أربعة تصح من اثنى عشر لكل أخ مفرد

أدبر دعاه فقال «إن لك السدس الآخر طعمة» قال قتادة فلا ندري أي شيء ورثه قال قتادة أقل شيء ورث الجد السدس، وروي عن الحسن أيضاً أن عمر رضي الله عنه قال: أيكم يعلم ماورث رسول الله ﷺ الجد ؟ فقال معقل ابن يسار أنا، ورثه رسول الله ﷺ السدس قال مع من ؟ قال لا أدري قال لا دريت قال فما يغني إذاً ؟ رواه سعيد في سننه قال ابو بكر بن المنذر أجمع أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ على أن الجد أبا الاب لايحجبه عن الميراث غير الاب وأنزلوا الجد في الحجب والميراث منزلة الاب في جميع المواضع الا في ثلاثة أشياء (أحدها) زوج وأبوان (والثانية) زوجة وأبوان للام ثلث الباقي فيهما مع الاب وثلث جميع المال لو كان مكان الاب جد (والثالثة) اختلفوا في الجد مع الاخوة والاخوات للابوين او للاب ولا خلاف بينهم في إسقاطه بني الاخوة وولد الام ذكرهم وأنثاهم . وذهب الصديق رضي الله عنه الى أن الجد يسقط جميع الاخوة والاخوات من جميع الجهات كما يسقطهم الاب وبذلك قال عبدالله بن عباس وعبد الله بن الزبير، وروي ذلك عن عثمان وعائشة وأبي بن كعب وأبي الدرداء ومعاذ بن جبل وأبي موسى وأبي هريرة رضي الله عنهم ، وحكي أيضاً عن عمران بن الحصين وجابر بن عبدالله وأبي الطفيل وعبادة بن الصامت وعطاء وطاوس وجابر بن زيد وبه قال قتادة وإسحاق وأبو ثور ونعيم بن حماد وأبو حنيفة والمزني وابن شريح وابن اللبان وداود وابن المنذر، وكان علي بن أبي طالب وابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهم يورثونهم معه ولا يحجبونهم به وبه قال مالك والاوزاعي

سهم ولكل ابن عم مفرد سهمان ولكل ابن عم هو أخ ثلاثة فيحصل لهما النصف وللاربعة الباقين النصف ، وعلى قول عبد الله للاخوة الثلث والباقي لابني العم اللذين هما اخوان

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا اجتمع ذو فرض وعصبة بديء بذي الفرض فأخذ فرضه وما بقي للعصبة)

لقول رسول الله ﷺ «ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر»

﴿ مسئلة ﴾ (وإن استغرقت الفروض المال فلا شيء للعصبة)

كزوج وأم وإخوة لام وإخوة لأبوين او لاب فللزوج النصف وللام السدس وللاخوة للام الثلث وسقط سائرهم وإلى هذا ذهب احمد رحمه الله فأسقط الاخوة من الابوين لأنهم عصبة ، وقد تم المال بالفروض ويروى هذا القول عن علي وابن مسعود وأبي بن كعب وابن عباس وأبي موسى رضي الله عنهم ، وبه قال الشعبي والعنبري وشريك وابو حنيفة وأصحابه ويحيى بن آدم ونعيم بن حماد وابو ثور وابن المنذر ويروى عن عمر وعثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهم أنهم شركوا بين ولد الأبوين وولد الام في الثلث فقسموه بينهم بالسوية للذكر مثل حظ الانثيين وبه قال مالك والشافعي وإسحاق لأنهم ساووا ولد الام في القرابة التي يرثون بها فيجب أن يساووهم في الميراث فانهم جميعا من ولد الام، وقرابتهم من جهة الاب ان لم تزدهم قربا واستحقاقا فلم تسقطهم، ولهذا قال بعض ولد الابوين أو بعض الصحابة لعمر وقد أسقطهم هب ان أباهم كان حماراً فما زادهم ذلك إلا قربا فشرك

والشافعي وأبو يوسف ومحمد لان الاخ ذكر يعصب أخته فلم يسقطه الجد كالابن ولان ميراثهم ثبت بالكتاب فلا يحجبون الا بنص أو اجماع أو قياس وما وجد شيء من ذلك فلا يحجبون ، ولانهم تساووا في سبب الاستحقاق فيتساوون فيه فان الاخ والجد يدليان بالاب الجد أبوه والاخ ابنه وقرابة البنوة لاتنقص عن قرابة الابوة بل ربما كانت أقوى فان الابن يسقط تعصيب الاب ولذلك مثله علي رضي الله عنه بشجرة أنبتت غصنا فانفرق منه غصنان كل واحد منهما الى الآخر أقرب منه إلى أصل الشجرة . ومثله زيد بواد خرج منه نهر انفرق منه جدولان كل واحد منهما الى الآخر أقرب منه الى الوادي. واحتج من ذهب مذهب أبي بكر رضي الله عنه بقول النبي ﷺ « الحقوا الفرائض بأهلها وما بقي فلأولى عصبة ذكر » والجد أولى من الاخ بدليل المعنى والحكم أما المعنى فانه له قرابة ايلاد وبعضية كالاب وأما الحكم فان الفروض اذا ازدحمت سقط الاخ دونه ولا يسقطه أحد الا الاب، والاخوة والاخوات يسقطون بثلاثة، ويجمع له بين الفرض والتعصيب كالاب وهم ينفردون بواحد منهما، ويسقط ولد الام، وولد الاب يسقطون بهم بالاجماع إذا استغرقت الفروض المال وكانوا عصبة وكذلك ولد الابوين في المشركة عند الاكثرين، ولانه لايقتل بقتل ابن ابنه ولا يحد بقذفه ولا يقطع بسرقة ماله ويجب عليه نفقته ويمنع من دفع زكاته اليه كالاب سواء. فدل ذلك على قوته، فان قيل فالحديث حجة في تقديم الاخوات لان فروضهن في كتاب الله فيجب أن نلحق بهن فروضهن

بينهم ، وحرر بعض أصحاب الشافعي فيها قياسا فقال فريضة جمعت ولد الاب والام وولد الام وهم من أهل الميراث فاذا ورث ولد الام وجب أن يرث ولد الاب والام كما لو لم يكن فيها زوج

ولنا قول الله تعالى « وإن كان رجل يورث كلالة او امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث، ولا خلاف في أن المراد بهذه الآية ولد الام على الخصوص فمن شرك بينهم فلم يعط كل واحد منهما السدس وهو مخالفة لظاهر القرآن ويلزم منه مخالفة ظاهر الآية الاخرى وهي قوله (فان كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) يراد بهذه الآية سائر الاخوة والاخوات وهم يسوون بين ذكرهم وأنثاهم وقوله عليه الصلاة والسلام « الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلاولى رجل ذكر » ومن شرك فلم يلحق الفرائض بأهلها، ومن جهة المعنى أن ولد الابوين عصبة لا فرض لهم وقد تم المال بالفروض فوجب أن يسقطوا كما لو كان مكان ولد الام ابنتان وقد انعقد الاجماع على أنه لو كان في هذه المسئلة واحد من ولد الام ومائة من ولد الابوين لاختص الواحد من ولد الام بالثلث والمائة السدس الباقي لكل واحد منهم عشر عشره فاذا جاز أن ينقص ولد ابوين عن ولد الام هذا النقص كله فلم لايجوز اسقاطهم بالاثنين ، وقولهم تساووا في قرابة الام قلنا فلم لم يساووهم في الميراث في هذه المسئلة وعلى انا نقول ان ساووهم في قرابة الأم فقد

ويكون للجد ما بقي، فالجواب ان هذا الخبر حجة في الذكور المنفردين وفي الذكور مع الاناث أو نقول هو حجة في الجميع ولا فرض لولد الاب مع الجد لانهم كلالة والكلالة اسم للوارث مع عدم الولد والوالد فلا يكون لهم معه إذاً فرض. حجة أخرى قالوا الجد أب فيحجب ولد الاب كالاب الحقيقي ودليل كونه أبا قوله تعالى (ملة أبيكم ابراهيم) وقول يوسف (واتبعت ملة آبائي ابراهيم وإسحاق ويعقوب) وقوله (كما أتمها على أبويك من قبل ابراهيم وإسحاق) وقال النبي ﷺ « ارموا بني اسماعيل فان أباكم كان راميا » وقال « سام ابو العرب وحام ابو الحبش » وقال « نحن بني النضر بن كنانة لا نقفوا أمنا ولا ننتفي من أبينا » وقال الشاعر

إنا بني نهشل لا ندعي لاب عنه ولا هو بالابناء يشرينا

فوجب أن يحجب الاخوة كالاب الحقيقي، يحقق هذا ان ابن الابن وإن سفل يقوم مقام أبيه في الحجب كذلك أبو الاب يقوم مقام ابنه ولذلك قال ابن عباس الا يتقي الله زيد ؟ يجعل ابن الابن ابنا ولا يجعل أبا الاب أباً، ولان بينهما إيلاداً و بعضية وجزئية وهو يساوي الاب في أكثر أحكامه فيساويه في هذا الحجب يحققه ان أبا الاب وان علا يسقط بني الاخوة ولو كانت قرابة الجد والاخ واحدة لوجب أن يكون ابو الجد مساويا لبني الاخ لتساوي درجة من أدليا به والله أعلم ولا تفريع على هذا القول لوضوحه

فارقوهم بكونهم عصبة من غير ذوي الفروض وهذا الذي افترقوا فيه هو المقتضي لتقديم ولد الام وتأخير ولد الابوين فان الشرع ورد بتقديم ذي الفرض وتأخير العصبة ولذلك يقدم ولد الام على ولد الابوين في المسئلة المذكورة وشبهها وهلا إذ تساووا في قرابة الام شاركوا الاخ من الام في سدسه فاقتسموه بينهم ولانه لو كانت قرابة الام مستقلة بالميراث مع قرابة الاب لوجب أن يجتمع لهم الفرض والتعصيب كقولنا في أخ من أم هو ابن عم ولوجب أن يشاركوا ولد الام في الثلث في كل موضع وينفردوا بالتعصيب فيما بقي، ولا خلاف في أنهم لا يشاركونهم في غير هذا الموضع، ويلزمهم أن يقولوا في زوج وأخت لابوين وأخت لاب معها أخوها إنه يسقط الاخ وترث أخته السدس لان قربتها مع وجوده كقرابتها مع عدمه وهو لا يحجبها فهلا عدوه حماراً وورثوا أخته ما كانت ترث عند عدمه ؟ وما ذكروه من القياس طردي لا معنى تحته، قال العنبري القياس ما قال علي والاستحسان ما قال عمر قال الخبري وهذه وساطة مليحة وعبارة صحيحة وهو كما قال إلا أن الاستحسان المجرد ليس بحجة فانه وضع للشرع بالرأي والتحكم من غير دليل ولا يجوز الحكم به مع عدم المعارض فكيف وهو في مسئلتنا يخالف ظاهر القرآن والسنة والقياس؟ قال شيخنا ومن العجب ذهاب الشافعي اليه هنا مع مخالفة الذاهبين اليه في غير هذا الموضع، وقوله من استحسن فقد شرع ولا أظنه اعتمد في هذا إلا لموافقة زيد بن ثابت فانه اتبعه في جميع الفرائض وموافقة كتاب الله تعالى وسنة رسوله أولى

(فصل) اختلف القائلون بتوريثهم معه في كيفية توريثهم فكان علي رضي الله عنه يفرض للاخوات فروضهن والباقي للجد إلا أن ينقصه ذلك من السدس فيفرضه له فان كانت أخت لأبوين وأخوة لأب فرض للاخت النصف وقاسم الجد الاخوة فيما بقي الا أن تنقصه المقاسمة من السدس فتفرضه له ، فان كان الاخوة كلهم عصبة قاسمهم الجد إلى السدس ، فان اجتمع ولد الاب وولد الابوين مع الجد سقط ولد الاب ولم يدخلوا في المقاسمة ولا يعتد بهم، وان انفرد ولد الاب قاموا مقام ولد الابوين مع الجد، وصنع ابن مسعود في الجد مع الاخوات كصنع علي عليه السلام وقاسم به الاخوة إلى الثلث فان كان معهم أصحاب فرائض أعطي أصحاب الفرائض فرائضهم ثم صنع صنيع زيد في إعطاء الجد الأحظ من المقاسمة أو ثلث الباقي أو سدس جميع المال، وعلي يقاسم به بعد أصحاب الفرائض إلا أن يكون أصحاب الفرائض بنتا أو بنات فلا يزيد الجد على الثلث ولا يقاسم به، وقال بقول علي الشعبي والنخعي والمغيرة بن المقسم وابن أبي ليلى والحسن بن صالح ، وذهب إلى قول ابن مسعود مسروق وعلقمة وشريح ، وأما مذهب زيد فهو الذي ذكره الخرقي وسنشرحه إن شاء الله ، واليه ذهب أحمد وبه قال أهل المدينة وأهل الشام والثوري والاوزاعي والنخعي والحجاج بن أرطاة ومالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وأبو عبيد وأكثر أهل العلم

(فصل) ولو كان مكان ولد الابوين في هذه المسئلة عصبة من ولد الاب سقطوا ولم يورثهم أحد من أهل العلم فيما علمنا لانهم لم يشاركوا ولد الام في قرابة الام

(فصل) وتسمى هذه المسئلة المشركة والحارية اذا كان فيها إخوة لأبوين وكذلك كل مسئلة اجتمع فيها زوج وأم أو جدة واثنان فصاعداً من ولد الام وعصبة من ولد الابوين وإنما سميت المشركة لان بعض أهل العلم شرك فيها بين ولد الابوين وولد الام في فرض ولد الام فقسمه بينهم بالسوية وتسمى الحارية لانه يروى أن عمر رضي الله عنه أسقط ولد الابوين فقال بعضهم يا أمير المؤمنين هب أن أبانا كان حماراً أليست أمنا واحدة ؟ فشرك بينهم وقيل قال ذلك بعض الصحابة فسميت الحارية لذلك والله أعلم

(فصل) إذا قيل امرأة خلفت اما وابني عم أحدهما زوج والآخر أخ لأم وثلاثة إخوة مفترقين قيل هذه المشركة: الزوج النصف وللام السدس وللاخوين من الام الثلث وسقط الاخوان من الابوين أو الاب، ومن شرك جعل للاخ من الابوين القسم ولكل واحد من الاخرين للام ثمنا

ومن مسائل ذلك زوج وأم واختان لأم وأخ لابوين تصح من ستة ومن شرك فهي من ثمانية عشر: زوج وجدة وأخ وأخت لام وأخ وأخت لابوين كالتي قبلها ، ومن شرك فمن اثنى عشر زوج وأم وأخوان وأختان لام وأخوان وثلاث أخوات لاب وأم من اثنى عشر ومن شرك فمن أربعة وخمسين

﴿ مسئلة ﴾ (ولو كان مكانهم أخوات لابوين أو لأب عالت إلى عشرة وسميت ذات الفروخ)

(مسئلة) قال ابو القاسم (ومذهب ابي عبد الله رحمه الله في الجد قول زيد بن ثابت رضى الله عنه واذا كان اخوة واخوات وجد قاسم الجد بمنزلة اخ حتى يكون الثلث خيراً فاذا كان الثلث خيراً له اعطي ثلث جميع المال)

وجملة ذلك ان مذهب زيد في الجد مع الاخوة والاخوات للابوين أو للاب انه يعطيه الأحظ من شيئين اما المقاسمة كأنه أخ واما ثلث جميع المال. فعلى هذا ان كان الاخوة اثنين أو أربع أخوات أو أخا وأختين فالثلث والمقاسمة سواء فاعطه ما شئت منهما وان نقصوا عن ذلك فالمقاسمة أحظ له فقاسم به لاغير وان زادوا فالثلث خير له فاعطه إياه وسواء كانوا من أب أو من ابوين، وان اجتمع ولد الابوين وولد الاب فان ولد الابوين يعادون الجد بولد الاب ويحتسبون بهم عليه ثم ما حصل لهم أخذه منهم ولد الابوين إلا أن يكون ولد الابوين أختا واحدة فتأخذ منهم تمام نصف المال ثم مافضل فهو لهم ولا يمكن أن يفضل عنهم أكثر من السدس لان أدنى ما للجد الثلث وللاخت النصف والباقي بعدهما هو السدس

يعني إذا كان مع الزوج والام والاخوة من الام أخوات أو اختين لابوين أو لأب عالت الى عشرة لان أصلها من ستة للزوج النصف ثلاثة وللام السدس سهم وللاخوة للام الثلث سهمان والاخوات الثلثان أربعة تصير عشرة وسميت ذات الفروخ لانها عالت بثلثيها وهي أكثر ما تعول اليه الفرائض شبهت الاربعة الزائدة بالفروخ والستة بالأم وتسمى الشريحية لان رجلا أتى شريحا وهو قاض بالبصرة فقال له ما نصيب الزوج من زوجته؟ فقال النصف مع غير الولد والربع مع الولد فقال ان امرأتي ماتت وخلفتني وأمها وأختيها لامها وأختيها لابيها وأمها فقال لك اذا ثلاثة من عشرة فخرج الرجل من عنده وهو يقول لم أر كقاضيكم قلت له مانصيب الزوج ؟ قال النصف أو الربع فلما شرحت له قضيتي لم يعطني ذلك ولا هذا فكان شريح يقول إذا لقيه انك تراني حاكما ظالما وأراك فاسقاً فاجراً لانك تكتم القصة وتشيع الفاحشة

(فصل) ومعنى العول ازدحام الفرائض بحيث لا يتسع لها المال كهذه المسئلة فيدخل النقص عليهم كلهم ويقسم المال بينهم على قدر فروضهم كما يقسم مال المفلس بين غرمائه بالحصص لضيق ماله عن وفائهم ومال الميت بين أرباب الديون اذا لم يف بها والثلث بين أرباب الوصايا إذا عجز ، وهذا قول عامة الصحابة ومن معهم من العلماء يروى ذلك عن عمر وعلي والعباس وابن مسعود وزيد وبه قال مالك في اهل المدينة والثوري في أهل العراق والشافعي وأصحابه ونعيم بن حماد وأبو ثور وسائر أهل العلم الا أن ابن عباس وطائفة شذت يقل عددها فنقل ذلك عن محمد بن الحنفية ومحمد بن علي

(مسئلة) قال (فان كان مع الجد والاخوة والاخوات اصحاب فرائض اعطي اصحاب الفرائض فرائضهم ، ثم ينظر فيما بقي فان كانت المقاسمة خيراً للجد من ثلث ما بقي ومن سدس جميع المال اعطي المقاسمة، وان كان ثلث ما بقي خيرا له من المقاسمة ومن سدس جميع المال اعطى ثلث ما بقي، فان كان سدس جميع المال أحظ له من المقاسمة ومن ثلث ما بقي أعطي سدس جميع المال

أما كونه لا ينقص عن سدس جميع المال فلأنه لا ينقص عن ذلك مع الولد الذي هو أقوى فمع غيرهم أولى، وأما إعطاؤه ثلث الباقي إذا كان أحظ له فلأن له الثلث مع عدم الفروض فما أخذ بالفرض فكأنه ذهب من المال فصار ثلث الباقي بمنزلة ثلث جميع المال، وأما المقاسمة فهي له مع عدم الفروض فكذلك مع وجودها. فعلى هذا متى زاد الاخوة عن اثنين أو من يعدلهم من الاناث فلا حظ له في المقاسمة ومتى نقصوا عن ذلك فلا حظ له في ثلث الباقي ومتى زادت الفروض على النصف فلاحظ له في

ابن الحسين وعطاء وداود فانهم قالوا لا تعول المسائل فروي عن ابن عباس أنه قال في زوج وأخت وأم من شاء باهلته أن المسائل لا تعول ان الذي أحصى رمل عالج عدداً أعدل من أن يجعل في مال نصفاً ونصفاً وثلثا هذان نصفان ذهبا بالمال فاين موضع الثلث؟ فسميت هذه مسائل المباهلة لذلك وهي أول مسئلة عائلة حدثت في زمن عمر رضي الله عنه فجمع الصحابة للمشورة فيها فقال العباس رضي الله عنه أرى أن يقسم المال بينهم على قدر سهامهم فاخذ به عمر واتبعه الناس على ذلك حتى خالفهم ابن عباس فروى الزهري عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة قال لقيت زفر بن أوس البصري فقال نمضي الى عبد الله بن عباس فنتحدث عنده فأتيناه فتحدثنا عنده فكان من حديثه ان قال سبحان الذي أحصى رمل عالج عدداً ثم يجعل في مال نصفا ونصفا وثلثا ذهب النصفان بالمال فأين موضع الثلث وايم والله لو قدموا من قدمه الله وأخروا من أخره الله ما عالت فريضة أبداً، فقال زفر فمن الذي قدمه ومن الذي أخره الله؟ فقال الذي أهبطه من فرض الى فرض فذلك الذي قدمه والذي أهبطه من فرض الى ما بقي فذلك الذي أخره الله ، فقال زفر فمن أول من أعال الفرائض؟ قال عمر بن الخطاب فقلت الا أشرت عليه فقال هبته وكان امرأ مهيبا. قوله من اهبطه الله من فريضة الى فريضة فذلك الذي قدمه الله يريد ان الزوجين والام لكل واحد منهم فرض ثم يحجب الى فرض آخر لا ينقص منه وأما من اهبطه من فرض الى ما بقي يريد البنات والاخوات فانهن يفرض لهن فاذا كان معهن أخوتهن ورثوا بالتعصيب فكان لهم ما بقي قل أو كثر فكان مذهبه أن الفروض اذا ازدحمت رد النقص على البنات والاخوات

ولنا ان كل واحد من هؤلاء لو انفرد أخذ فرضه فاذا ازدحموا وجب أن يقتسموا على قدر

ثلث ما بقي، وان نقصت عن النصف فلاحظ لا في السدس وان كان الفرض النصف فحسب استوى السدس وثلث الباقي وان كان الاخوة اثنين استوى ثلث الباقي والمقاسمة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا ينقص الجد أبداً من سدس جميع المال او تسميته اذا زادت السهام)

هذا قول عامة أهل العلم إلا أنه روي عن الشعبي أنه قال ان ابن عباس كتب إلى علي في ستة إخوة وجد فكتب اليه اجعل الجد سابعهم وامح كتابي هذا، وروي عنه في سبعة إخوة وجد أن الجد ثامنهم وحكى عن عمران بن حصين والشعبي المقاسمة إلى نصف سدس المال

ولنا أن الجد لا ينقص عن السدس مع البنين وهم أقوى ميراثاً من الاخوة فانهم يسقطونهم فلأن لا ينقص عنه مع الاخوة أولى، ولان النبي ﷺ أطعم الجد السدس فلا ينبغي أن ينقص منه، وأما قوله أو تسميته إذا زادت السهام فانه يعني إذا عالت المسئلة فانه يسمى له السدس وهو ناقص عن السدس . ألا ترى أنا نقول في زوج وأم وابنتين وجد له السدس ونعطيه سهمين من خمسة عشر سهما وهما ثلثا الخمس . ومتى أفضت المسئلة إلى العول سقط الاخوة والاخوات إلا في الاكدرية ولا ينقص الجد عن السدس الكامل في مسئلة يرث فيها أحد من الاخوة والاخوات

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا كان اخ لاب وام وأخ لاب وجد قاسم الجد الاخ للاب والام

الحقوق كاصحاب الديون والوصايا، ولان الله تعالى فرض للاخت النصف كما فرض للزوج النصف وفرض للاختين الثلثين كما فرض للاختين للام الثلث فلايجوز اسقاط فرض بعضهم مع نص الله تعالى عليه بالرأي والتحكم، ولا يمكن الوفاء بها فوجب أن يتساووا في النقص على قدر الحقوق كالوصايا والديون ويلزم ابن عباس على قوله مسئلة فيها زوج وأم واخوان من أم فان حجب الام الى السدس خالف مذهبه في حجب الام بأقل من ثلاثة من الاخوة. وان نقص الاخوين من الام رد النقص على من لم يهبطه الله من فرض الى ما بقي وان أعال المسئلة رجع الى قول الجماعة. وترك مذهبه ولا نعلم اليوم قائلا بمذهب ابن عباس ولا نعلم خلافا بين فقهاء العصر في القول بالعول بحمد الله ومنه

(فصل) حصل خلاف ابن عباس الصحابة في خمس مسائل اشتهر قوله فيها (إحداها) زوج وأبوان (والثانية) امرأة وأبوان للام ثلث الباقي عندهم وجعل هو لها ثلث المال منها (الثالثة) لا يحجب الام الا بثلاثة أخوة (الرابعة) لم يجعل الاخوات مع البنات عصبة (الخامسة) لم يعل المسائل فهذه الخمس صحت الرواية عنه فيها واشتهر القول عنه بها وشذت عنه روايات سوى هذه ذكرنا بعضها فيما مضى .

والاخ للاب على ثلاثة اسهم، ثم رجع الاخ للاب والام على ما في يد أخيه لابيه فاخذه)

قد ذكرنا أن الجد يقاسم الاخوة كأخ مالم تنقصه المقاسمة عن الثلث وأن ولد الابوين يعادون الجد بولد الاب ثم يأخذون ما حصل لهم وانه متى كان اثنان من الاخوة وجد استوى الثلث والمقاسمة ففي هذه المسئلة قد استوى الثلث والمقاسمة ولذلك اقتسما على ثلاثة لكل واحد سهم ثم أخذ الاخ للابوين ما حصل لاخيه من أبيه ، وان شئت فرضت للجد الثلث والباقي لولد الابوين وان زاد عدد الاخوة على اثنين أو من يعدلهما من الاخوات فافرض للجد الثلث والباقي لولد الابوين . هذا مذهب زيد وأما علي وابن مسعود فانهما يقاسمان به ولد الابوين ويسقطان ولد الاب ولا يعتدان به لانه محجوب بولد الابوين فلا يعتد به كولد الام وقسما هذه المسئلة بين الجد والاخ من الابوين نصفين وأسقطا الاخ من الاب

ولنا أن الجد والد فاذا حجبه أخوان وارثان جاز أن يحجبه أخ وارث وأخ غير وارث كالأم ولان ولد الاب يحجبونه إذا انفردوا فيحجبونه مع غيرهم كالام، ويفارق ولد الام لان الجد يحجبهم فلا ينبغي أن يحجبوه بخلاف ولد الاب فان الجد لا يحجبهم فجاز أن يحجبوه إذا حجبهم غيره كما يحجبون

﴿باب أصول المسائل﴾

معنى أصول المسائل المخارج التي تخرج منها فروضها

(مسئلة) (الفروض ستة ذكرها الله تعالى في كتابه وهي نوعان النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس)

ومخارج هذه الفروض مفردة خمسة لان الثلث والثلثين مخرجها واحد وهي تخرج من سبعة أصول أربعة لا تعول وثلاثة تعول لان كل مسئلة فيها فرض مفرد فأصلها من مخرجه وان اجتمع معه فرض من نوعه فأصلها من مخرج أقلهما لان مخرج الكثير داخل في مخرج الصغير فالنصف وحده من اثنين والثلث وحده أو مع الثلثين من ثلاثة والربع وحده أو مع النصف من أربعة والثمن وحده أو مع النصف من ثمانية فهذه التي لا تعول لان العول فرع ازدحام الفروض ولا يوجد ذلك ههنا ، وأما التي تعول فهي التي يجتمع فيها فروض أو فرضان من نوعين فاذا اجتمع مع النصف السدس أو الثلث أو الثلثان فأصلها من ستة لان مخرج النصف من اثنين ومخرج الثلث من ثلاثة اذا ضربت أحدهما في الآخر كانت ستة وذلك أصل المسئلة وهي مخرج السدس، ويدخل العول في هذا الاصل فتعول الى سبعة والى ثمانية والى تسعة والى عشرة وهو أكثرها عولا . والعول زيادة في السهام ونقصان في أنصباء الورثة .

الام وان كانوا محجوبين بالاب .وأما الاخ من الابوين فهو أقوى تعصيباً من الاخ من الاب فلا يرث معه شيئا كما لو انفردا عن الجد فيأخذ ميراثه كما لو اجتمع ابن وابن ابن حجبه وأخذ ميراثه ، فان قيل:فالجد يحجب ولد الام ولا يأخذ ميراثه والاخوة يحجبون الام وان لم يأخذوا ميراثها . قلنا الجد وولد الام يختلف سبب استحقاقهما للميراث وكذلك سائر من يحجب ولا يأخذ ميراث المحجوب وههنا سبب استحقاق الاخوة الميراث الاخوة والعصوبة فأيهما قوي حجب الآخر وأخذ ميراثه ، وقد مثلت هذه المسئلة بمسئلة في الوصايا وهي إذا أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بمائة ولآخر بتمام الثلث على المائة وكان ثلث المال مائتين فان الموصى له بالمائة يزاحم صاحب الثلث بصاحب التمام فيقاسمه الثلث نصفين ثم يختص صاحب المائة بها ولا يحصل لصاحب التمام شيء

(فصل) أخ لابوين وأختان لاب وجد : للجد الثلث والباقي للاخ وفي قول علي وابن مسعود المال بينه وبين الجد نصفين . أخ وأخت من أبوين وأخت من أب وجد فللجد الثلث والباقي بين ولد الابوين على ثلاثة وتصح من تسعة ، وفي قول علي وابن مسعود المال بين ولد الابوين والجد على خمسة: أخ لابوين وأخت لاب وجد المال بينهم على خمسة : للجد سهمان والباقي للاخ ، وعندهما المال بينهما نصفين

(فصل) أخوان لابوين وأخ لاب وجد ، للجد الثلث والباقي للاخوين للابوين عند الجميع ،

وأمثلة ذلك زوج وام واخت لأم أصلها من ستة ومنها تصح : زوج وأم واخوان من أم : بنت وأم وعم، ثلاث أخوات مفترقات وعصبة، أبوان وابنتان،العول زوج واختان لابوين أو لاب أو احداهما من ابوين والاخرى من أب او أم أو اخت من اب واخت من ام،اصلها من ستة وتعول الى سبعة: زوج وأخت وجدة أو أخ لام: ست أخوات مفترقات وأم :عول ثمانية زوج وأخت وأم للزوج النصف وللأخت النصف وللام الثلث تعول الى ثمانية وهي مسئلة المباهلة فان كان معهم أخت أخرى من أي جهة كانت أو اخ من أم فهي من ثمانية أيضا.عول تسعة زوج وست أخوات مفترقات تعول الى تسعة وتسمى الغراء ، وكذلك زوج وأم وثلاث اخوات مفترقات . عول عشرة زوج وام وست اخوات مفترقات للزوج النصف وللام السدس وللاختين للام الثلث وللاختين للابوين الثلثان وسقطت الاختان للاب ومتى عالت المسئلة الى تسعة او عشرة لم يكن الميت الا امرأة لأنها لا بد فيها من زوج ولا يمكن أن تعول المسئلة إلى أكثر من هذا، وطريق العمل في العول أن تأخذ الفروض من اصل المسئلة وتضم بعضها الى بعض فما بلغت السهام فاليه تنتهي

(مسئلة) قال (وان اجتمع مع الربع احد الثلاثة فهي من اثنى عشر وتعول على الافراد الى سبعة عشر ولا تعول إلى اكثر من ذلك)

إنما كان اصل هذه المسئلة من اثني عشر لان مخرج الربع اربعة ومخرج الثلث ثلاثة ولا موافقة

وإن كان ولد الابوين ثلاثة فللجد الثلث أيضا عند زيد وعند علي وابن مسعود له الربع لانهما يقاسمان به إلى السدس، أخ وأخت من أبوين وأخ من أب أو أكثر من ذلك فللجد الثلث وعندهما للجد الخمسان وللاخ للابوين الخمسان وللاخت الخمس

(مسئلة) قال (واذا كان اخ واخت لاب وام اولاب وجد كان المال بين الجد والاخ والاخت على خمسة اسهم للجد سهمان وللاخ سهمان وللاخت سهم)

المقاسمة ههنا خير للجد من الثلث لانه يحصل له بها خمسا المال وذلك خير له من الثلث وكذلك كلما نقص الاخوة عن اثنين أو من يعدلهم من الاناث كثلاث أخوات أو أختين أو أخ واحد أو أخت واحدة فليس فيها الا المقاسمة به كأخ وهذا قول زيد وعلي وعبد الله اذا كانوا عصبة فأما ان كن أخوات منفردات فان عليا وابن مسعود يفرضان لهن فروضهن ثم يعطيان الجد ما بقي

(مسئلة) قال (واذا كانت اخت لاب وام واخت لاب وجد كانت الفريضة للجد والاختين على اربعة اسهم للجد سهمان ولكل اخت سهم ثم رجعت الاخت للام والاب فاخذت مما في يد اختها لتستكمل النصف

بين المخرجين فاذا ضربت أحدهما في الآخر كان اثني عشر فان كان مع الربع سدس فبين الستة والاربعة موافقة بالانصاف فاذا ضربت وفق احدهما في الآخر كان اثني عشر ولا بد في هذا الاصل من أحد الزوجين لانه لا بد فيها من ربع ولا يكون فرضا لغيرهما

وأمثلة ذلك زوج وابوان وخمس بنين، للزوج الربع ثلاثة وللابوين السدسان اربعة يبقى خمسة لكل ابن سهم، زوج وابنتان وأخت او عصبة امرأة وأختان لابوين او لاب او اختان لام وعصبة امرأة واخوان لام وسبعة إخوة لاب العول زوج وابنتان وأم تعول إلى ثلاثة عشر امرأة وثلاث أخوات مفترقات، زوج وأبوان وابنتان تعول إلى خمسة عشر، امرأة واختان من أب وأختان من أم ،امرأة وام وأختان لابوين أو لاب وأختان لام تعول إلى سبعة عشر ثلاث نسوة وجدتان وأربع أخوات لام وثمان لاب أو لابوين تعول إلى سبعة عشر ويحصل لكل واحدة منهن سهم وتسمى أم الارامل ويعايا بها فيقال سبعة عشر امرأة من جهات مختلفة اقتسمن مال ميت بالسوية لكل امرأة منهن سهم وهي هذه ولا يعول هذا الاصل إلى أكثر من هذه ولا يمكن أن يكمل هذا الاصل بفروض من غير عصبة ولا عول ولا يمكن ان تعول الا على الافراد لان فيها فرضاً يباين سائر فروضها وهو

المقاسمة ههنا أحظ للجد وتعتد الاخت للابوين على الجد باختها من أبيها فيصير له النصف ولها النصف بينهما على اثنين لكل واحدة سهم ثم تأخذ الاخت من الابوين ماقي في يد أختها لتستكمل تمام فرضها وهو جميع مافي يدها فلا يبقى لها شيء ونصير كما لو كان معهما بنت فأخذت البنت النصف وبقي النصف فان الاخت من الابوين تأخذه جميعه فلا يبقى للاخت من الاب شيء

(فصل) فان كان مع الاخت من الابوين أختان من أب كان المال بينهن وبين الجد على خمسة أسهم، للجد اثنان ولهن ثلاثة ثم تأخذ الاخت من الابوين من أختيها تمام النصف وهو سهم ونصف يبقى لهما نصف سهم بينهما لكل واحدة ربع سهم فتضرب مخرج الربع وهو أربعة في خمسة تكن عشرين للجد ثمانية وللاخت للابوين عشرة ولكل واحدة من أختيها سهم فان كان معها ثلاث أخوات أو أكثر من ذلك فليس للجد الا الثلث ولها النصف ويبقى السدس بين الاخوات من الاب وان كثرن ، وان كان من ولد الابوين أختان أو أكثر فليس للاخوات من الاب شيء وان كثرن لان فرض الاختين الثلثان والجد لاينقص عن الثلث فلا يبقى من المال شيء ولان الاخوات من الابوين يسقطن الاخوات من الاب باستكمال الثلثين ولو لم يكن معهن جد فمع الجد أولى وليس في هذه المسئلة اختلاف ، فأما مسئلة الخرقي فان عليا وعبد الله يفرضان للاخت من الابوين النصف وللاخت من الاب السدس والباقي للجد وكذلك ان كان معها أختان أو أخوات من أب

الربع فانه ثلاثة وهو فرد وسائر فروضها ازواج فالنصف ستة والثلث أربعة والثلثان ثمانية والسدس اثنان ومتى عالت إلى سبعة عشر لم يكن الميت فيها إلا رجلا

(مسئلة) (وان اجتمع مع الثمن سدس او ثلثان فأصلها من اربعة وعشرين وتعول إلى سبعة وعشرين ولا تعول الى اكثر منها إنما كان اصلها من اربعة وعشرين لانك تضرب مخرج الثمن في مخرج الثلثين او في وفق مخرج السدس فتكون اربعة وعشرين ولم يذكر الثلث مع الثمن لانه لا يجتمع معه لان الثمن لا يكون إلا للزوجة مع الولد ولا يكون الثلث في مسئلة فيها ولد لانه لا يكون إلا لولد الام والولد يسقطهم او للام بشرط عدم الولد

(مسائل ذلك) (امراة وابوان وبنت او بنون وبنات امراة وابنتان وام وعصبة ثلاث نسوة واربع جدات وست عشرة بنتا واخت امرأة وبنت وبنت ابن وجدة وعم العول امرأة وابوان وابنتان تعول إلى سبعة وعشرين وتسمى البخيلة لانها اقل الاصول عولا لم تعل إلا بثمنها وتسمى المنبرية لان علياً رضي الله عنه سئل عنها على المنبر فقال صار ثمنها تسعا ومضى في خطبته يعني ان المرأة كان لها الثمن ثلاثة من اربعة وعشرين صار لها بالعول ثلاثة من سبعة وعشرين وهي التسع ولا يكون الميت في هذا الاصل إلا رجلا

(فصل) ولا يمكن ان يعول هذا الاصل الى اكثر من هذا الا على قول ابن مسعود فانه يحجب

(مسئلة) قال (فان كان مع التي من قبل الاب اخوها كان المال بين الجد والاخ والاختين على ستة أسهم للجد سهمان وللاخ سهمان ولكل أخت سهم ثم رجعت الاخت من الاب والام على الاخ والاخت من الاب فأخذت مما في أيديهما لتستكمل النصف فتصح الفريضة من ثمانية عشر سهما للجد ستة أسهم وللاخت من الاب والام تسعة أسهم وللاخ سهمان وللاخت سهم)

المقاسمة ههنا والثلث سواء فان قاسمت به كان المال بينهم على ستة أسهم يأخذ الجد سهمين ثم يكمل للاخت تمام النصف مما في أيديهما ثلاثة أسهم يبقى لها سهم على ثلاثة لا يصح فتضرب ثلاثة في أصل المسئلة تكن ثمانية عشر كما قال الخرقي وان زاد ولد الاب على هذا لم يزادوا على السدس شيئا لان الجد لا ينقص عن الثلث والاخت لا تنقص عن النصف فلا يبقى الا السدس

(مسئلة الاكدرية) قال (واذا كان زوج وام واخت وجد فللزوج النصف وللام الثلث وللاخت النصف وللجد السدس)

ثم يقسم سدس الجد ونصف الاخت بينهما على ثلاثة أسهم للجد سهمان وللاخت سهم فتصح الفريضة من سبعة وعشرين سهما للزوج تسعة أسهم وللام ستة وللجد ثمانية وللاخت أربعة وتسمى هذه المسئلة الاكدرية ولا يفرض للجد مع الاخوات في غير هذه المسئلة

الزوجين بالولد الكافر والقاتل والرقيق ولا يورثه فعلى قوله اذا كانت امراة وام وست اخوات مفترقات وولد كافر فللاخوات الثلث والثلثان وللام والمرأة السدس والثمن سبعة فتعول الى احد وثلاثين .

(والمسائل) (على ثلاثة اضرب عادلة وعائلة ورد، ذكرنا العادلة وهي التي يستوي مالها وفروضها والعائلة هي التي تزيد فروضها عن مالها والرد هي التي يفضل مالها عن فروضها ولا عصبة فيها وهي التي نذكرها في هذا الفصل .

(فصل في الرد) اذا لم تستوعب الفروض المال ولم يكن عصبة رد الفاضل على ذوي الفروض بقدر فروضهم الا الزوج والزوجة .

وجملة ذلك أن الميت اذا لم يخلف وارثاً الا ذوي فروض كالبنات والاخوات والجدات فان الفاضل عن ذوي الفروض يرد عليهم على قدر فروضهم الا الزوج والزوجة يروى ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وحكي ذلك عن الحسن وابن سيرين وشريح وعطاء ومجاهد والثوري وأبي حنيفة وأصحابه قال ابن سراقة وعليه العمل اليوم في الامصار الا أنه يروى عن ابن مسعود أنه كان لا يرد على بنت ابن مع بنت ولا على أخت من أب مع أخت من أبوين ولا على جدة مع ذي سهم وروى

قيل انما سميت هذه المسئلة الاكدرية لتكديرها لاصول زيد في الجد فانه أعالها ولا عول عنده في مسائل الجد وفرض للاخت معه ولا يفرض لاخت مع جد وجمع سهامه وسهامها فقسمها بينهما ولا نظير لذلك . وقيل سميت الاكدرية لان عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلا اسمه الاكدر فأفتى فيها على مذهب زيد وأخطأ فيهافنسبت اليه . واختلف أهل العلم فيهافمذهب أبي بكر الصديق وموافقيه إسقاط الاخت ويجعل للام الثلث وما بقي للجد

وقال عمر وابن مسعود للزوج النصف وللاخت النصف وللام السدس وللجد السدس وعالت الى ثمانية وجعلوا للام السدس كي لا يفضلوها على الجد . وقال علي وزيد للزوج النصف وللاخت النصف وللام الثلث وللجد السدس وعولاها إلى تسعة ولم يحجبا الام عن الثلث لان الله تعالى انما حجبها بالولد والاخوة وليس ههنا ولد ولا اخوة ثم ان عمر وعليا وابن مسعود أبقوا النصف للاخت والسدس للجد وأما زيد فانه ضم نصفها إلى سدس الجد فقسمه بينهما لانها لا تستحق معه إلا بحكم المقاسمة ، وإنما جعل زيد على إعالة المسئلة ههنا لانه لو لم يفرض للاخت لسقطت وليس في الفريضة من يسقطها ، وقد روي عن قبيصة بن ذؤيب انه قال،ما قال ذلك زيد وانما قاس أصحابه على أصوله ولم يبين هو شيئا ، فان قيل فالاخت مع الجد عصبة والعصبة تسقط باستكمال الفروض قلنا انما يعصبها الجد وليس بعصبة مع هؤلاء بل يفرض له ولو كان مكان الاخت أخ لسقط لانه عصبة في نفسه ولو

ابن منصور عن أحمد أنه كان لا يرد على ولد الام مع الام ولا على الجدة مع ذي سهم والقول الاول أظهر في المذهب وأصح وبه قال عامة أهل الرد لانهم تساووا في السهام فيجب أن يتساووا فيما يفرع عليها ولان الفريضة لو عالت لدخل النقص على الجميع فالرد ينبغي أن ينالهم أيضاً وأما الزوجان فلا يرد عليهما باتفاق من أهل العلم الا أنه روي عن عثمان رضي الله عنه أنه رد على زوج ولعله كان عصبة أو ذا رحم فأعطاه لذلك وأعطاه من بيت المال لا على سبيل الرد وسبب ذلك إن شاء الله تعالى أن أهل الرد كلهم من ذوي الارحام فيدخلون في قوله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض) في كتاب الله والزوجان خارجان من ذلك وذهب زيد بن ثابت إلى أن الفاضل عن ذوي الفروض لبيت المال ولا يرد على أحد فوق فرضه وبه قال مالك والاوزاعي والشافعي لان الله تعالى قال في الاخت فلها نصف ما ترك ومن رد عليها جعل لها الكل ولانها ذات فرض مسمى فلا تزاد عليه كالزوج

ولنا قول الله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) وقد ترجحوا بالقرب إلى الميت فيكونون أولى من بيت المال لانه لسائر المسلمين وذوو الرحم أحق من الاجانب عملا بالنص وقال النبي ﷺ «من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا فالي - وفي لفظ - من ترك دينا فالي ومن ترك مالا فللوارث» متفق عليه وهذا عام في جميع المال وروى واثلة ابن الاسقع أن النبي ﷺ قال « تحوز المرأة ثلاث مواريث لقيطها وعتيقها وولدها الذي لاعنت عليه رواه ابن ماجه فجعل لها ميراث ولدها المنفي باللعان خرج من

كان مع الاخت أخرى أو أخ أو أكثر من ذلك لانحجبت الام الى السدس و بقي لهما السدس وأخذوه ولم تعل المسئلة وأصل المسئلة في الا كدرية ستة وعالت الى تسعة وسهام الاخت والجد أربعة بينهما على ثلاثة لا تصح فتضرب ثلاثة في تسعة تكن سبعة وعشرين ثم كل من له شيء في أصل المسئلة مضروب في الثلاثة التي ضربتها في المسئلة للزوج ثلاثة في ثلاثة تسعة وللام اثنان في ثلاثة ستة ويبقى اثناعشر بين الجد والاخت على ثلاثة له ثمانية ولها أربعة ويعايا بها فيقال أربعة ورثوا مال ميت فأخذ أحدهم ثلثه والثاني ثلث ما بقي والثالث ثلث ما بقي والرابع ما بقي، ويقال امرأة جاءت قوما فقالت اني حامل فان ولدت ذكراً فلاشيء له وان ولدت أنثى فلها تسع المال وثلث تسعه وان ولدت ولدين فلها السدس ويقال أيضا ان ولدت ذكراً فلي ثلث المال وان ولدت أنثى فلي تسعاه وان ولدت ولدين فلي سدسه

(فصل) زوجة وأم وأخت وجد : للزوجة الربع وللام الثلث والباقي بين الجد والاخت على ثلاثة أصلها من اثني عشر وتصح من ستة وثلاثين فان كان مكان الاخت أخ فالباقي بينهما نصفين وتصح من أربعة وعشرين وان كانتا أختين قاسمها وصحت من ثمانية وأربعين فان كان أخ وأخت أو ثلاث أخوات حجبوا الام الى السدس وقسموا الباقي بينهم على خمسة وصحت من ستين فان

ذلك ميراث غيرها من ذوي الفروض بالاجماع بقي الباقي على مقتضى العموم ولانها من ورائه بالرحم فكانت أحق بالمال من بيت المال كعصباته فاما قوله تعالى (فلها نصف ما ترك) فلا ينفي أن يكون لها زيادة عليه بسبب آخر كقوله تعالى (ولا بويه لكل واحد منهما السدس ان كان له ولد) لا ينفي أن يكون للأب السدس وما فضل عن البنت بجهة التعصيب وقوله (ولكم نصف ما ترك أزواجكم) لم ينف أن يكون للزوج ما فضل إذا كان ابن عم أو مولى وكذلك الأخ من الأم إذا كان ابن عم والبنت وغيرها من ذوي الفروض إذا كانت معتقة كذا ههنا تستحق النصف بالفرض والباقي بالرد وأما الزوجان فليسا من ذوي الأرحام.

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان المردود عليه واحداً أخذ المال كله بالفرض والرد كأم أو جدة أو بنت أو أخت وان كانوا جماعة من جنس واحد كبنات أو أخوات أو جدات اقتسموه كالعصبة من البنين والاخوة وسائر العصبات فان انكسر عليهم ضربت عددهم في مسئلة الرد

﴿ مسئلة ﴾ (وان اختلفت أجناسهم فخذ عدد سهامهم من أصل ستة فاجعله أصل مسئلتهم) إنما كان كذلك لان الفروض كلها تخرج من أصل الستة إلا الربع والثمن وليسا لغير الزوجين وليسا من أهل الرد وينحصر ذلك في أربعة أصول (أحدها) أصل اثنين كجدة وأخ من أم للجدة السدس وللاخ السدس أصلها اثنان ثم يقسم المال عليهما فيصير لكل واحد منهما نصف المال أصل ثلاثة أم وأخ من أم، أم واخوان لام للام السدس وللاخوين الثلث بينهما

زادوا على ذلك استوى ثلث الباقي والمقاسمة فافرض له ثلث الباقي واضرب المسألة في ثلاثة تصير ستة وثلاثين ويبقى له ولهم أحد وعشرون يأخذ ثلثها سبعة والباقي لهم فان لم تصح عليهم ضربتهم أو وفقهم في ستة وثلاثين فما بلغ فمنه تصح فان كانوا من الجهتين لم يبق لولد الاب شيء واسقاطهم بولد الابوين دونهم

(فصل) زوجة وأخت وجد وجدة فهي كالتي قبلها في فروعها الا في أن الجدة السدس مع الاخت الواحدة والاخ الواحد . ومتى كانوا أكثر من واحد كان حكم الجدة والام واحداً ، وان لم يكن معهم جدة فهي من أربعة للزوجة الربع ويبقى ثلاثة للجد سهمان وللاخت سهم فان كان معها أخت أخرى فالباقي بينهم على أربعة وتصح من ستة عشر ، وان كان مكانهما أخ صحت من ثمانية فان كان أخ وأخت وثلاث أخوات فالباقي بينهم على خمسة وتصح من عشرين ، وإن زادوا على هذا فاعطه ثلث الباقي بينهما واقسم الباقي على الباقين فان كانوا من الجهتين فلا شيء لولد الاب لان الباقي بعد نصيب الجد لا يزيد على النصف وهو أقل فرض لولد الابوين

(مسئله) قال (واذا كانت ام واخت وجد فللام الثلث ومابقي فبين الجد و الاخت على ثلاثة أسهم للجد سهمان وللاخت سهم

وهذه المسئلة تسمى الخرقاء انما سميت خرقاء لكثرة اختلاف الصحابة فيها فكأن الاقوال خرقتها

(أصل) اربعة أخت لابوين واخت لاب أو لام اواخ لام او جدة بنت وأم او جدة بنت وبنت ابن

(اصل) خمسة ثلاث اخوات مفترقات للاخت للابوين النصف ولكل واحدة من الآخرتين السدس، أم واخت لابوين أو لاب ، أم ، اخت لابوين وأخت لاب او لام بنتان وجدة لا تزيد على هذا أبداً لانها لو زادت سدساً آخر لكمل المال ولم يبق منه شيء يرد

(مسئلة) (فان انكسر على فريق منهم ضربته في عدد سهامهم لانه اصل مسئلتهم وانما كان عدد سهامهم أصل مسئلتهم كما صارت السهام في العول هي المسئلة التي يضرب فيها العدد بيان ذلك في اصل اثنين اربع جدات واخ من ام للجدات سهم لا ينقسم عليهن فتضرب عددهن في اصل المسئلة تكن ثمانية للاخ من الام اربعة ولكل واحدة من الجدات سهم

(اصل) ثلاثة ام وثلاثة اخوة من ام للاخوة سهمان لا تصح عليهما اضرب عددهم في اصل المسئلة تصر تسعة ومنها تصح

(اصل) اربعة أخت لابوين واربع اخوات لاب تضرب عددهن في اصل المسئلة وهو اربعة تكن ستة عشر ومنها تصح .

(اصل) خمسة ام واخت لابوين واربع اخوات لاب لهن سهم لا يصح عليهن تضرب عددهن في خمسة تكن عشرين ومنها تصح وسنذكره في باب تصحيح المسائل مفصلا

قيل فيها سبعة أقوال قول الصديق وموافقيه للام ثلث والباقي للجد ، وقول زيد وموافقيه للام الثلث أصلها من ثلاثة ويبقى سهمان بين الاخت والجد على ثلاثة وتصح من تسعة ، وقول علي للاخت النصف وللام الثلث وللجد السدس : وعن عمر وعبد الله للاخت النصف وللام ثلث ما بقي وما بقي فللجد ، وعن ابن مسعود للام السدس والباقي للجد وهي مثل القول الاول في المعنى ، وعن ابن مسعود أيضاً للاخت النصف والباقي بين الجد والام نصفين فتكون من أربعة وهي احدى مربعات ابن مسعود وقال عثمان المال بينهم أثلاث لكل واحد منهم ثلث وهي مثلثة عثمان وتسمى المسبعة لان فيها سبعة أقوال والمسدسة لان معنى الاقوال يرجع الى ستة . وسأل الحجاج عنها الشعبي فقال اختلف فيها خمسة من أصحاب رسول الله ﷺ وذكر له عثمان وعلياً وابن مسعود وزيداً وابن عباس

(فصل) أم أو جدة وأختان وجد المقاسمة خير للجد ويبقى خمسة على أربعة فتصح من أربعة وعشرين ، أم وأخ وأخت أو ثلاث أخوات وجد تصح من ستة ، أم وأخوان أو أخ وأختان أو أربع أخوات وجد ثلث الباقي والمقاسمة سواء فان زادوا على ذلك فرض للجد ثلث الباقي ، وانتقلت المسألة إلى ثمانية عشر الام ثلاثة والجد خمسة يبقى عشرة للاخوة والاخوات فتصح المسألة عليهم فان كان الاخوة والاخوات من الجهتين فالباقي كله لولد الابوين إلا أن يكون ولد الابوين أختا واحدة فلها قدر فرضها والباقي لهم ، أم وأخت لابوين وأخ وأخت لاب وجد للام السدس وللجد ثلث الباقي ينتقل

(مسئلة) (فان كان معهم احد الزوجين اعطيته فرضه من اصل مسئلته وقسمت الباقي على مسئلة الرد وهي فريضة اهل الرد وهو ينقسم اذا كانت زوجة ومسئلة الرد من ثلاثة كامرأة وام وأخ لام أو أم وأخوين لأم فللمرأة الربع سهم من أربعة يبقى ثلاثة على فريضة أهل الرد وهي ثلاثة وتصح المسئلتان من أربعة ، فان انكسر على عدد منهم كاربع زوجات وأم وأخ لام ، ضربت أربعة في مسئلة الزوجية تكن ستة عشر ومنها تصح فان لم تنقسم فاصل مسئلة الزوج على مسئلة الرد لم يمكن أن يوافقها لانه إن كانت مسئلة الزوج من اثنين فالباقي بعد نصيبه سهم لا يوافق شيئاً وإن كانت من أربعة فالباقي بعد ميراثه ثلاثة ومن ضرورة كون للزوج الربع أن يكون الميتة ولد ، ولا يمكن أن تكون مسئلة الرد مع الولد من ثلاثة وإن كان الزوج امرأة فالباقي بعد الثمن سبعة ولا توافق السبعة عددا أقل منها ولا يمكن أن تكون مسئلة الرد سبعة أبداً لان مسئلة الرد لا تزيد على خمسة أبداً ، إذا ثبت هذا فاضرب فريضة أهل الرد في فريضة أحد الزوجين فما بلغ فاليه تنتقل المسئلة فاذا أردت القسمة فلأحد الزوجين فريضة الرد ولكل واحد من أهل الرد سهامه من مسئلته مضروب في الفاضل عن فريضة الزوج فما بلغ فهو له. إن كان واحداً وإن كانوا جماعة قسمته عليهم فان لم ينقسم ضربته أو وفقه فيما انتقلت اليه المسئلة وتصحح على ما نذكره في باب التصحيح وينحصر ذلك في خمسة أصول .

(أحدها) : زوج وجدة وأخ لام للزوج النصف أصلها من إثنين له سهم يبقى سهم على مسئلة

الى ثمانية عشر فللام ثلاثة وللجد خمسة وللاخت للابوين النصف تسعة يبقى سهم على ثلاثة فتصح من أربعة وخمسين وتسمى مختصرة زيد لانه لوقاسم بالجد لانتقلت إلى ستة وثلاثين ثم يبقى سهمان على ثلاثة فتصح من مائة وثمانية ثم ترجع بالاختصار الى أربعة وخمسين فلذلك سميت المختصرة، أم وأخت لابوين واخوان وأخت لاب وجد أصلها من ستة ثم تنتقل الى ثمانية عشر ويفضل لولد الاب سهم على خمسة تضربها في ثمانية عشر تكن تسعين وتسمى تسعينية زيد ، وفي هذا الفصل كله الجدة كالام لان لكل واحدة منهما السدس

« مسئلة » قال (واذا كانت بنت وأخت وجد فللبنت النصف وما بقي فبين الجد والاخت على ثلاثة أسهم للجد سهمان وللاخت سهم)

انما كان كذلك لان المقاسمة ههنا أحظ للجد ، وقال علي رضي الله عنه البنت النصف وللجد السدس والباقي للاخت ، وعند ابن مسعود الباقي بعد فرض البنت بين الجد والاخت نصفين لان كل واحد منهما لو انفرد أخذ المال بالتعصيب فاذا اجتمعا اقتسما كما لو كان مكانها أخ ، فأما علي فبنى على أصله في أن الاخوات لا يقاسمن الجد وانما يفرض لمن فلم يفرض لها ههنا لان الاخت مع البنت عصبة وأعطى الجد السدس كما لو انفرد معها وجعل لها الباقي

الرد وهي اثنان أيضاً فاضرب اثنين في اثنين تكن أربعة ولا يقع الكسر في هذا الأصل إلا على حيز واحد وهو الجدات

(الأصل الثاني) : زوجة وجدة وأخ لام مسئلة الزوجة من أربعة ثم تنتقل إلى ثمانية ولايكون الكسر إلا على الجدات أيضاً .

(الاصل الثالث) زوج وبنت وبنت ابن ، مسئلة الزوج من أربعة ثم تنتقل إلى ستة عشر وكذلك زوجة وأخت لأبوين وأخت لأب ، أو أخت لأم ، أو جدة ، أوجدات ، ومثلها زوجة وأخت لأب وأخت لأم أو جدة

(الاصل الرابع) زوجة وبنت وبنت ابن أو أم أو جدة ، مسئلة الزوجة من ثمانية ثم تنتقل إلى اثنين وثلاثين .

(الاصل الخامس) زوجة وبنت وبنت ابن وجدة ، أو ابنتان وأم ، أصلها من ثمانية ثم تنتقل إلى أربعين وفي جميع ذلك إذا انكسرت سهام فريق منهم عليهم ضربته فيما انتقلت اليه المسئلة. ومثال ذلك أربع زوجات واحدي وعشرون بنتاً واربع عشر جدة ، مسئلة الزوجات من ثمانيـة ، فتضرب فيها فريضة الرد وهي خمسة تكن اربعين للزوجات فريضة اهل الرد خمسة لاتصح عليهن ولا توافق يبقى خمسة وثلاثون للجدات خمسها سبعة على اربع عشرة توافق بالاسباع فرجعن إلى اثنين ويبقى

ولنا أن الجد يقاسم الاخت فيأخذ مثلها اذا كان معها أخ فكذلك اذا انفردت وهذه احدى مربعات ابن مسعود

(فصل) بنت وأخ وجد الباقي بعد فرض البنت بينهما نصفين وان كان معه أخته فالباقي بينهم على خمسة ، وان كان أخوان أو أخ وأختان أو أربع أخوات استوى ثلث الباقي والسدس والمقاسمة فان زادوا فلا حظ له في المقاسمة ويأخذ السدس والباقي لهم فان كانوا من الجهتين فليس لولد الاب شيء ويأخذ ولد الابوين جميع الباقي بنت وأختان وجد الباقي بين الجد والاختين على أربعة وتصح من ثمانية فان كن ثلاث أخوات فالباقي بينهم على خمسة فان كن أكثر من أربع فله السدس أو ثلث الباقي والباقي لهن

(فصل) بنتان أو اكثر أو بنت ابن وأخت وجد للبنتين الثلثان والباقي بين الجد والاخت على ثلاثة وتصح من تسعة وإن كان مكانها اخ فالباقي بينهما على اثنين وتصح من ستة وان كان مكانه اختان صحت من اثني عشر ويستوي في هاتين المسئلتين السدس والمقاسمة فان زادوا عن أخ أو عن أختين فرضت للجد السدس وكان الباقي لهم فان كان معهم أم أو جدة فللجد السدس ولا شيء للاخوة والاخوات.

(فصل زوج وأخت وجد للزوج النصف والباقي بينهما على ثلاثة وعند علي وابن مسعود للاخت

للبنات ثمانية وعشرون توافق بالاسباع ايضاً فيرجعن إلى ثلاث والابنتان يدخلن في عدد الزوجات فتضرب ثلاثة في اربعة تكن اثني عشر ثم في اربعين تكن أربعمائة وثمانين .

(فصل) ومتى كان مع احد الزوجين واحد منفرد ممن يرد عليه فانه يأخذ الفاضل عن الزوج ولا تنتقل المسئلة كزوجة وبنت للزوجة الثمن والباقي للبنت بالفرض والرد وإن كان معه فريق واحد من أهل الرد كالبنات أو الاخوات قسمت الفاضل عليهم كالعصبة فان انكسر عليهم ضربت عددهم في مسئلة الزوج والله أعلم

باب تصحيح المسائل

إذا لم ينقسم سهم فريق من الورثة عليهم قسمة صحيحة فاضرب عددهم في أصل المسئلة وعولها إن كانت عائلة ثم يصير لكل واحد من الفريق مثل ما كان لجماعتهم إلا أن يوافق عددهم سهامهم بنصف أو ثلث أو غير ذلك من الاجزاء فيجزيك ضرب وفق عددهم في أصل المسئلة وعولها إن كانت عائلة فما بلغ فمنه تصح ثم يصير لكل واحد من الفريق وفق ما كان لجماعتهم، فاذا أردت القسمة فكل من له شيء من أصل المسئلة مضروب في العدد الذي ضربته في المسئلة وهو الذي يسمى جزء السهم فما بلغ فهو له إن كان واحداً وإن كانوا جماعة قسمته عليهم . مثاله زوج وأم وثلاثة اخوة أصلها من ستة للزوج النصف ثلاثة وللام السدس سهم يبقى للاخوة سهمان لا تنقسم عليهم ولا توافقهم فاضرب عددهم وهو

النصف وللجد السدس وعالت إلى سبعة وان كان مع الاخت أخرى فالباقي بينهم على أربعة وعندهما لهما الثلثان وتعول الى ثمانية وان كان مكانهما اخ فالباقي بينهما نصفين وان كان اخ وأخت أو ثلاث أخوات قاسمهم الجد وان كان اخوان أو من يعدلهما استوى السدس وثلث الباقي والمقاسمة فان زادوا فرضت له السدس والباقي لهم وان كان زوج وبنت وأخت وجد فللزوج الربع وللبنت النصف والباقي بينهما على ثلاثة ويستوى السدس هنا والمقاسمة فان زادوا على أخت واحدة فرضت للجد السدس والباقي لهم وان كان مع الزوج ابنتان أو بنت وبنت ابن أو بنت وأم أو جدة سقطت الاخوة والاخوات وفرضت للجد السدس وعالت المسئلة الى ثلاثة عشر

(فصل) زوجة وبنت واخت وجد الباقي بين الجد والاخت على ثلاثة وتصح من ثمانية فان كان مكان الاخت اخ أو اختان فالباقي بينهم وتصح مع الاخ من ستة عشر ومع الاختين من اثنين وثلاثين وان زادوا فرضت للجد السدس وانتقلت المسئلة إلى أربعة وعشرين ثم تصحح على المنكسر عليهم وإن كان مع الزوجة ابنتان أو اكثر أو بنت وبنت ابن وبنت وام او جدة فرضت للجد السدس ويبقى للاخوة والاخوات سهم من اربعة وعشرين

﴿ باب ذوي الارحام ﴾

وهم الاقارب الذين لا فرض لهم ولا تعصيب وهم أحد عشر حيزاً ولد البنات وولد الاخوات وبنات الاخوة وولد الاخوة من الام والعمات من جميع الجهات والعم من الام والاخوال والخالات

ثلاثة في أصل المسئلة وهو ستة تكن ثمانية عشر سهماً للزوج ثلاثة في ثلاثة تسعة وللام سهم في ثلاثة ثلاثة وللاخوة سهمان في ثلاثة ستة لكل واحد سهمان وهو ما كان لجماعتهم فان كان الاخوة أربعة فان سهامهم توافقهم بالنصف فتضرب نصفهم وهو اثنان في المسئلة تكن اثني عشر فاذا أردت القسمة ضربت سهام كل وارث في وفق عددهم وهو اثنان

﴿ مسئلة ﴾ (وان انكسر على فريقين أو أكثر لم يخل من أربعة أقسام (أحدها) أن يكونا متماثلين كثلاثة وثلاثة فيجزيك ضرب أحدهما في المسئلة وطريق قسمتها مثل طريق القسمة فيما إذا كان الكسر على فريق واحد سواء.

مثاله ثلاثة اخوة لام وثلاثة لاب لولد الام الثلث والباقي لولد الاب أصلها من ثلاثة لولد الام سهم على ثلاثة لا ينقسم ولولد الاب اثنان على ثلاثة لا ينقسم ولا يوافق فتضرب أحد العددين وهو ثلاثة في أصل المسئلة تكن تسعة لولد الام سهم في ثلاثة بثلاثة لكل واحد سهم ولولد الاب اثنان في ثلاثة ستة لكل واحد سهمان مثل ما كان لجماعتهم ولو كان ولد الاب ستة وافقت سهامهم بالنصف فرجع عددهم إلى ثلاثة وكان العمل فيها كما ذكرنا سواء

(القسم الثاني) أن يكون العددان متناسبين وهو أن ينتسب إلى الآخر بجزء من أجزائه كنصفه أو ثلثه أو نحو ذلك فيجزيك ضرب الاكثر منها في المسئلة وعولها .

وبنات الاعمام والجد أبو الام وكل جدة أدلت بأب بين أمين او بأب أعلى من الجد فهؤلاء ومن أدلى بهم يسمون ذوي الارحام وكان أبو عبد الله يورثهم اذا لم يكن ذو فرض ولا عصبة ولا أحد من الوراث الا الزوج والزوجة، روي هذا القول عن عمر وعلي وعبدالله وأبي عبيدة بن الجراح ومعاذ ابن جبل وأبي الدرداء رضي الله عنهم وبه قال شريح وعمر بن عبدالعزيز وعطاء وطاوس وعلقمة ومسروق وأهل الكوفة وكان زيد لا يورثهم ويجعل الباقي لبيت المال، وبه قال مالك والاوزاعي والشافعي رضي الله عنهم وابو ثور وداود وابن جرير لان عطاء بن يسار روى أن رسول الله ﷺ ركب إلى قباء يستخير الله تعالى في العمة والخالة فأنزل عليه ان لا ميراث لهما رواه سعيد في سننه لان العمة وابنة الاخ لا ترثان مع أخويهما فلا ترثان منفردتين كالاجنبيات وذلك لان انضمام الاخ اليهما يؤكدهما ويقويهما بدليل أن بنات الابن والاخوات من الاب يعصبهن أخوهن فيما بقي بعد ميراث البنات والاخوات من الابوين ولا يرثن منفردات فاذا لم يرث هاتان مع أخيهما فمع عدمه أولى ولان المواريث انما ثبتت نصا ولا نص في هؤلاء

ولنا قول الله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) أي أحق بالتوارث في حكم الله تعالى قال أهل العلم كان التوارث في ابتداء الاسلام بالحلف وكان الرجل يقول للرجل دمي

مثاله جدتان وأربعة اخوة لاب للجدتين السدس وللاخوة ما بقي أصلها من ستة وعددهم لا يوافق سهامهم وعدد الجدات نصف عدد الاخوة فاجتزئ بالاكثر وهو أربعة واضربه في أصل المسئلة تكن أربعة وعشرين للجدات سهم في أربعة وللاخوة خمسة في أربعة وعشرين لكل واحد خمسة ولو كان عدد الاخوة عشرين لوافقتهم سهامهم بالاخماس فيرجع عددهم إلى أربعة والعمل على ما ذكرنا

(القسم الثالث) : أن يكون العددان متباينين لا يماثل أحدهما صاحبه ولا يناسبه ولا يوافقه فتضرب أحدهما في جميع الآخر فما بلغ فهو جزء السهم فاضربه في المسئلة فما بلغ فمنه تصح ثم كل من له شيء من أصل المسئلة مضروب في جزء السهم.

مثاله أم وثلاثة اخوة لام وأربعة لأب أصلها من ستة لولد الام سهمان لا يوافقهم ولولد الاب ثلاثة لا توافقهم والعددان متباينان فاضرب أحدهما في الآخر تكن اثني عشر ثم في أصل المسئلة تكن اثنين وسبعين ومنها تصح للام سهم في اثني عشر ولولد الام سهمان في اثني عشر أربعة وعشرون لكل واحد ثمانية ولولد الاب ثلاثة في اثني عشر ستة وثلاثون لكل واحد تسعة إن وافق احد العددين سهامه دون الآخر اخذت وفق الموافق وضربته فيما لم يوافق وعملت على ما ذكرنا، وان وافقا جميعاً سهامهما رددتهما إلى وفقهما وعملت في الوفقين عملك بالعددين الاصليين

(فصل) فان أردت أن تعرف ما لاحدهم قبل التصحيح فاضرب سهام فريقه في الفريق الآخر فما خرج فهو له فاذا أردت أن تعلم ما لكل واحد من ولد الام فللفريقه من أصل المسئلة سهمان اضربهما في عدد الفريق الآخر وهو أربعة تكن ثمانية فهي لكل واحد من ولد الام ولفريق ولد الاب ثلاثة اضربها في عدد ولد الام تكن تسعة فهي لكل واحد منهم.

دمك ومالي مالك تنصرني وأنصرك وترثني وأرثك فيتعاقدان الحلف بينهما على ذلك فيتوارثان به دون القرابة وذلك قول الله عز وجل (والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم) ثم نسخ ذلك وصار التوارث بالاسلام والهجرة فاذا كان له ولد ولم يهاجر ورثه المهاجرون دونه ، وذلك قوله عز وجل (والذين آمنوا ولم يهاجروا مالكم من ولايتهم من شيء حتى يهاجروا) ثم نسخ ذلك بقول الله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) وروى الامام احمد باسناده عن سهل بن حنيف ان رجلا رمى رجلا بسهم فقتله ولم يترك الا خالا فكتب فيه ابوعبيدة الى عمر فكتب اليه عمر أني سمعت رسول الله ﷺ يقول « الخال وارث من لا وارث له » قال الترمذي هذا حديث حسن ، وروى المقداد عن النبي ﷺ انه قال « الخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه » أخرجه أبوداود وفي لفظ « مولى من لا مولى له يعقل عنه ويفك عانيه » فان قيل المراد به ان من ليس له الا خال فلا وارث له كما يقال الجوع زاد من لا زاد له والماء طيب من لا طيب له والصبر حيلة من لا حيلة له أو انه أراد بالخال السلطان قلنا هذا فاسد لوجوه ثلاثة (أحدها) انه قال يرث ماله وفي لفظ قال يرثه (والثاني) ان الصحابة فهموا ذلك فكتب عمر بهذا جوابا لأبي عبيدة حين سأله عن ميراث الخال وهم أحق بالفهم والصواب من غيرهم

(الثالث) انه سماه وارثا والاصل الحقيقة وقولهم ان هذا يستعمل للنفي قلنا والاثبات كقولهم ياعماد من لا عماد له ياسند من لا سند له ياذخر من لا ذخر له

(القسم الرابع) أن يكون العددان متفقين بنصف أو ثلث أو ربع أو غير ذلك من الاجزاء فانك ترد أحد العددين إلى وفقه ثم تضربه في جميع الاجزاء فما بلغ ضربته في المسئلة .

ومثال ذلك زوج وست جدات وتسعة اخوة فيتفقان بالثلث فترد الجدات الى ثلثهن اثنين وتضربها في عدد الاخوة تكن ثمانية عشر ثم تضرب ذلك في أصل المسئلة تكن مائة وثمانية ومنها تصح

(فصل) فان كان الكسر على ثلاثة احياز نظرت فان كانت متماثلة كثلاث جدات وثلاث بنات وثلاثة أعمام ضربت أحدها في المسئلة فما بلغ فمنه تصح المسئلة ولكل واحد منهم بعد التصحيح مثل ما كان لجماعتهم وإن كانت متناسبة كجدتين وخمس بنات وعشرة أعمام اجتزأت بأكثرها وهي العشرة فضربتها في المسئلة تكن ستين ومنها تصح ، وإن كانت متباينة مثل أن يكون الاعمام في هذه المسئلة ثلاثة ضربت بعضها في بعض تكن ثلاثين ثم ضربتها في المسئلة تكن مائة وثمانين وإن كانت متوافقة كست جدات وتسع بنات وخمسة عشر عما ضربت وفق عدد منها في جميع الاجزاء فما بلغ وافقت بينه وبين الثالث وضربت وفقه في جميع الثالث فما بلغ ضربته في أصل المسئلة ومنها تصح وإن تماثل اثنان منها وباينهما الثالث أو وافقهما ضربت أحد المتماثلين في الثالث أو في وفقه ان وافق فما بلغ ضربته في المسئلة وإن تناسب اثنان وباينهما الثالث ضربت أكثرها في جميع الثالث أو في وفقه ان كان موافقاً

وقال سعيد حدثنا أبو شهاب عن محمد بن اسحاق عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع بن حبان قال توفي ثابت بن الدحداحة ولم يدع وارثا ولا عصبة فرفع شانه الى رسول الله ﷺ فدفع رسول الله ﷺ ماله الى ابن أخته أبي لبابة بن عبد المنذر ، ورواه أبو عبيد في الاموال الا أنه قال : ولم يخلف الا ابنة اخ له فقضى النبي ﷺ بميراثه لابنة أخيه ولانه ذو قرابة فيرث كذوي الفروض وذلك لانه ساوى الناس في الاسلام وزاد عليهم بالقرابة فكان أولى بماله منهم ولهذا كان أحق في الحياة بصدقته وصلته وبعد الموت بوصيته فاشبه ذوي الفروض والعصبات المحجوبين اذا لم يكن من يحجبهم وحديثهم مرسل ثم يحتمل انه لا ميراث لهما مع ذوي الفروض والعصبات ولذلك سمى الخال وارث من لا وارث له أي لا يرث إلا عند عدم الوارث ، وقولهم لا يرثان مع اخوتهما قلنا لانهما أقوى منهما ، وقولهم ان الميراث انما ثبت نصاً قلنا قد ذكرنا نصوصاً ثم التعليل واجب مهما أمكن وقد أمكن ههنا فلا يصار إلى التعبد المحض

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويورث ذووا الارحام فيجعل من لم يسم له فريضة على منزلة من سميت له ممن هو نحوه فيجعل الخال بمنزلة الام والعمة بمنزلة الاب وعن ابي عبد الله

ثم في المسئلة وإن توافق اثنان وباينهما الثالث ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر ثم في الثالث وإن تباين اثنان ووافقهما الثالث كاربعة أعمام وست جدات وتسع بنات اجزاك ضرب أحد المتباينين في الآخر ثم تضربه في المسئلة ويسمى هذا الموقوف المقيد لانك إذا رددت وقف أحدهما لم تقف الا الستة ولو وقفت غيرها مثل أن تقف التسعة وترد الستة إلى اثنين لدخلا في الاربعة وأجزاك ضرب الاربعة في التسعة ولو وقفت الاربعة رددت الستة إلى ثلاثة ودخلت في التسعة وأجزاك ضرب الاربعة في التسعة فأما إن كانت الاعداد الثلاثة متوافقة فانه يسمى الموقوف المطلق وفي عملها طريقان (احدهما) ماذكرنا من قبل وهو طريق الكوفيين (والثاني) طريق البصريين وهو أن تقف أحد الثلاثة وتوافق بينه وبين الآخرين وتردهما الى وفقهما ثم تنظر في الوفقين فان كانا متماثلين ضربت أحدهما في الموقوف وإن كانا متناسبين ضربت أكثرهما وان كانا متباينين ضربت أحدهما في الآخر ثم في الموقوف وان كانا متوافقين ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر ثم في الموقوف فما بلغ ضربته في المسئلة

ومثال ذلك عشر جدات واثنا عشر عما وخمس عشرة بنتاً فتقف العشرة توافقها الاثنا عشر بالنصف فترجع إلى ستة وافقها الخمس عشرة بالاخماس فترجع إلى ثلاثة وهي داخلة في الستة فتضرب الستة في العشرة تكن ستين ثم في المسئلة تكن ثلاثمائة وستين وان وقفت الاثنى عشر رجعت العشرة إلى نصفها خمسة والخمس عشرة إلى ثلثها خمسة وهما متماثلان فتضرب الخمسة في الاثني عشر ستين وإن وقفت الخمس عشرة رجعت العشرة الى اثنين والاثنا عشر الى اربعة ودخل الاثنان في الاربعة فتضربها في الخمس عشرة ثم في المسئلة

رحمه الله رواية اخرى انه جعلهما بمنزلة العم وبنت الاخ بمنزلة الاخ وكل ذي رحم لم يسم له فريضة فهو على هذا النحو)

مذهب أبي عبد الله في توريث ذوي الارحام مذهب أهل التنزيل وهو ان ينزل كل واحد منهم منزلة من يمت به من الورثة فيجعل له نصيبه فان بعدوا نزلوا درجة درجة إلى أن يصلوا من يمتون به فيأخذون ميراثه فان كان واحداً أخذ المال كله وان كانوا جماعة قسمت المال بين من يمتون به فما حصل لكل وارث جعل لمن يمت به فان بقي من سهام المسئلة شيء رد عليهم على قدر سهامهم وهذا قول علقمة ومسروق والشعبي والنخعي وحماد ونعيم وشريك وابن أبي ليلى والثوري . وسائر من ورثهم غير أهل القرابة

وقد روي عن علي وعبدالله رضي الله عنهما انهما نزلا بنت البنت منزلة البنت وبنت الاخ منزلة الاخ وبنت الاخت منزلة الاخت والعمة منزلة الاب والخالة منزلة الام . وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه في العمة والخالة وعن علي أيضا انه نزل العمة بمنزلة العم وروي ذلك عن علقمة ومسروق وهي الرواية الثانية عن أحمد رضي الله عنه، وعن الثوري وأبي عبيد انهما نزلاها منزلة الجد مع ولد الاخوة والاخوات ونزلها آخرون منزلة الجدة، وانما صار هذا الخلاف في العمة لانها أدلت بأربعة جهات وارثات فالاب والعم أخواها والجد والجدة أبواها، ونزل قوم الخالة جدة لان الجدة أمها والصحيح من ذلك تنزيل العمة أبا والخالة أما

(فصل) في معرفة الموافقة والمناسبة والمباينة الطريق في ذلك ان تلقي أقل العددين من أكثرهما مرة بعد أخرى فان فني به فالعددان متناسبان وان لم يفن ولكن بقيت منه بقية القيتها من العدد الاقل فان بقيت منه بقية القيتها من البقية الاولى ولا تزال كذلك تلقي كل بقية من التي قبلها حتى تصل الى عدد يفنى الملقى منه غير الواحد فأي بقية فني بها غير الواحد فالموافقة بين العددين بجزء تلك البقية ان كانت اثنين فبالانصاف وان كانت ثلاثة فبالاثلاث وان كانت أربعة فبالارباع وان كانت أحد عشر أو اثني عشر أو ثلاثة عشر فنحو ذلك وان بقي واحد فالعددان متباينان ومما يدلك على تناسب العددين أنك اذا زدت على الاقل مثله أبداً ساوى الاكثر ومتى قسمت الاكثر على الاقل انقسم قسمة صحيحة ومتى نسبت الاقل الى الاكثر انتسب اليه بجزء واحد ولا يكون ذلك الا في المنتصف فما دونه

باب المناسخات

ومعناها أن يموت بعض ورثة الميت قبل قسم تركته ولها ثلاثة أحوال (أحدها) أن يكون ورثة الثاني يرثونه على حسب ميراثهم من الاول مثل أن يكونوا عصبة لهما فاقسم المال بين من بقي منهم ولا تنظر الى الميت الاول .

لوجوه ثلاثة (أحدها) ماروى الزهري أن رسول الله ﷺ قال « العمة بمنزلة الاب إذا لم يكن بينهما أب والخالة بمنزلة الام إذا لم يكن بينها أم » رواه الامام أحمد (الثاني) أنه قول عمر وعلي وعبد الله في الصحيح عنهم ولا مخالف لهم في الصحابة (الثالث) أن الاب أقوى جهات العمة والام اقوى جهات الخالة فتعين تنزيلهما بهما دون غيرهما كبنت الاخ وبنت العم فانهما ينزلان منزلة أبويهما دون اخويهما ولانه اذا اجتمع لها قرابات ولم يمكن توريثها بجميعها ورثنا باقواها كالمجوس عند من لم يورثهم بجميع قراباتهم وكالاخ من الابوين فانا نورثه بالتعصيب وهي جهة أبيه دون قرابة أمه فاما أبو حنيفة وأصحابه فانهم ورثوهم على ترتيب العصبات فجعلوا أولادهم من كان من ولد الميت وإن سفلوا ثم ولد ابويه أو أحدهما وإن سفلوا ثم ولد أبوي أبويه وان سفلوا كذلك أبدا لا يرث بنوا أب اعلى وهناك بنوا اب أقرب منه وان نزلت درجتهم وعن أبي حنيفة أنه جعل ابا الام وإن على أولى من ولد البنات ويسمى مذهبهم مذهب اهل القرابة .

ولنا انهم فرع في الميراث على غيرهم فوجب الحاقهم بمن هم فرع له وقد ثبت أن ولد الميت من الاناث لا يسقط ولد أبيه فاولى أن لا يسقطهم ولده .

(مسائل) من ذلك بنت بنت وبنت بنت ابن المال بينهما على أربعة فان كان معهما بنت أخ فالباقي لها وتصح من ستة فان كان معهما خالة فلبنت البنت النصف ولبنت بنت الابن السدس تكملة

مثال ذلك أربع بنين وثلاث بنات ماتت بنت ثم ابن ثم بنت أخرى ثم ابن آخر وبقي ابنان وبنت فاقسم المسئلة على خمسة ولا يحتاج الى عمل مسائل وكذلك نقول في أبوين وزوجة وابنين وبنتين ماتت بنت ثم ماتت الزوجة ثم مات ابن ثم مات الاب ثم الام فقد صارت المواريث كلها بين الابن والبنت الباقيين أثلاثا واستغنيت عن عمل المسائل وبها اختصرت المسائل بعد التصحيح بالموافقة بين السهام فاذا صححت المسئلة نظرت فيها فان كان لجميعها كسر يتفق فيه جميع السهام رددت المسئلة الى ذلك الكسر ورددت سهام كل وارث اليه ليكون أسهل في العمل

مثاله زوجة وابن وبنت ماتت البنت تصح المسئلتان من اثنين وسبعين للزوجة بحقها ستة عشر وللابن ستة وخمسون تتفق سهامهما بالاثمان فتردها الى ثمنها تسعة للزوجة سهمان وللابن سبعة (الحال الثاني) أن يكون ما بعد الميت الاول من الموتى لا يرث بعضهم بعضاً كاخوة خلف كل واحد منهم بنته فاجعل مسائلهم كعدد انكسرت عليهم سهامهم وصحح على ما ذكرنا في باب التصحيح

مثال ذلك رجل توفي وترك أربعة بنين فمات أحدهم عن اثنين والثاني عن ثلاثة والثالث عن أربعة والرابع عن ستة فالمسئلة الاولى من أربعة ومسئلة الابن الاول من اثنين ومسئلة الثاني من ثلاثة ومسئلة الثالث من أربعة ومسئلة الرابع من ستة فاجعلها كاعداد أربعة فالاثنان تدخل في الاربعة والثلاثة في الستة والاربعة توافق الستة بالانصاف فتضرب نصف إحداهما في الاخرى تكن اثني عشر

الثلثين والخالة السدس والباقي لبنت الاخ فان كان مكان الخالة عمة حجبت بنت الاخ واخذت الباقي لان العمة كالاب فتسقط من هو بمنزلة الاخ ومن نزلها عما جعل الباقي لبنت الاخ واسقط العمة ومن نزلها جدا قاسم بنت الاخ الثلث الباقي بينهما نصفين ومن نزلها جدة جعل لها السدس ولبنت الاخ الباقي وفي قول اهل القرابة أنه لا ترث بنت الاخ مع بنت البنت ولا مع بنت بنت الابن شيئا

(فصل) إذا انفرد أحد من ذوي الارحام أخذ المال كله في قول جميع من ورثهم وان كانوا جماعة لم يخل اما أن يدلوا بشخص واحد أو بجماعة فان أدلوا بشخص واحد وكانوا في درجة واحدة فالمال بينهم على حسب مواريثهم منه فان أسقط بعضهم بعضا كاب الام والاخوال فاسقط الاخوال لان الاب يسقط الاخوة والاخوات فان كان بعضهم أقرب من بعض فالميراث لاقربهم كخالة وأم أبي أم أو ابن خال فالميراث للخالة لانها تلقى الام بأول درجة ، وهذا قول عامة المنزلين الا أنه حكي عن النخعي وشريك ويحيى بن آدم في قرابة الام خاصة أنهم اماتوا الام وجعلوا نصيبها لورثتها ويسمى قولهم قول من أمات السبب واستعمله بعض الفرضيين في جميع ذوي الارحام فعلى قولهم يكون للخالة نصف ميراث الام لأنها اخت ولام أبي الام السدس لأنها جدة والباقي لابن الخال لانه ابن اخ

ولنا أن الميراث من الميت لا من سببه ولذلك ورثنا ام ام الام دون ابن عم الام بغير خلاف

ثم تضربها في المسئلة الاولى تكن ثمانية وأربعين لورثة كل ابن اثنا عشر فلكل واحد من بني الاول ستة ولكل واحد من بني الثاني أربعة ولكل واحد من بني الثالث ثلاثة ولكل واحد من بني الرابع سهمان (الحال الثالث) ما عدا ذلك وهي ثلاثة أقسام (أحدها) أن تقسم سهام الميت الثاني على مسئلة الثاني (الثاني) أن لا ينقسم عليها بل يوافقها (الثالث) لا ينقسم عليها ولا يوافقها فالطريق في ذلك أن تصحح مسئلة الاول ثم انظر ما صار للثاني منها فاقسمه على مسئلته بعد أن تصححها فان انقسم صحت المسئلتان مما صحت منه الاولى كرجل خلف امرأة وبنتاً وأخا ثم ماتت البنت وخلفت زوجا وبنتاً وعما فان لها من المسئلة الاولى أربعة ومسئلتها من أربعة فصحت المسئلتان من ثمانية وصار للاخ أربعة من أخيه ثلاثة ومن بنت أخيه سهم

ومن ذلك أم وعم مات العم وخلف بنته وعصبة المسئلة الاولى من ثلاثة والثانية من اثنين فصحت المسئلتان من ثلاثة . ثلاث أخوات مفترقات ماتت الاخت من الابوين وخلفت ابنتين ومن خلفت تصح المسئلتان من خمسة . بنت وبنت ابن وأخ ماتت البنت وتركت ابنتين وعمها صحت المسئلتان من ستة وصار للاخ ثلاثة. زوج وجدة وابنتا ابن من ثلاثة عشر ماتت إحداهما عن أربعة وتركت زوجاً وبنتاً وأختها صحت المسئلتان من ثلاثة عشر وصار للاخ خمسة . زوجة وأم وابن ماتت الام وتركت زوجاً وبنتا وابن ابن من أربعة وعشرين .زوجة وأم وعم مات العم وترك ثلاث بنين وبنتاً من اثني عشر تصح المسئلتان

أيضا في ابي ام ام وابن عم ابي أم ان المال للجد لانه أقرب ولو كانت الام الميتة كان وارثها ابن عم أبيها دون ابي أمها، خالة وام أبي أم وعم أم المال للخالة وعندهم للخالة النصف وللجدة السدس والباقي للعم فان لم يكن فيها عم أم فالمال بين الخالة وأم أبي الام على اربعة فان لم يكن فيها جدة فالمال بين الخالة وعمها نصفين، ابن خالة وابن عم ام المال لابن الخالة وعندهم لابن عم الام. فأما إن أدلى جماعة بجماعة جعلت المال المدلى بهم كانهم احيا فقسمت المال بينهم على مانوجبه الفريضة فما صار لكل واحد منهم فهو لمن أدلى به إذا لم يسبق بعضهم بعضا فان سبق بعضهم بعضا وكانوا من جهة واحدة فالسابق الى الوارث أولى وان كانوا من وجهتين نزل البعيد حتى يلحق بمن أدلى به فيأخذ نصيبه سواء سقط به القريب أو لم يسقط هذا ظاهر كلام احمد رضي الله عنه نقل عنه جماعة من أصحابه في خالة وبنت خالة وبنت ابن عم للخالة الثلث ولابنة ابن العم الثلثان ولا تعطي بنت الخالة شيئا ونقل حنبل عنه أنه قال: قال سفيان قولا حسنا إذا كانت خالة وبنت ابن العم تعطي الخالة الثلث وتعطي بنت ابن العم الثلثين وظاهر هذا يدل على ما ذكرناه وهو قول الثوري ومحمد بن سالم والحسن بن صالح، وقال ضرار ابن صرد ان كان البعيد إذا نزل أسقط القريب فالقريب أولى وان لم يكن يسقطه نزل البعيد حتى يلحق بالوارث، وقال سائر المنزلين الاسبق إلى الوارث أولى بكل حال ولم يختلفوا فيما علمت في

(القسم الثاني) أن توافق سهام الميت الثاني مسئلته فالطريق فيها أن تضرب وفق مسئلته في الاولى ثم كل من له شيء من المسئلة الاولى مضروب في وفق الثانية ومن له شيء من المسئلة الثانية مضروب في وفق سهام الميت الثاني كرجل خلف امرأة وبنتاً وأخاً ثم ماتت البنت وخلفت زوجاً وبنتاً وأمها وهي الزوجة وعماً فان المسئلة من ثمانية للبنت النصف أربعة ومسئلتها من اثني عشر توافق سهامها بالربع فتضرب ثلاثة في ثمانية أربعة وعشرون فكل من له شيء من ثمانية مضروب في ثلاثة وهو وفق المسئلة الثانية ومن له شيء من الثانية مضروب في وفق سهام الميت الثاني وهو سهم ومن ذلك أم وابنان وبنت مات أحد الابنين وخلف من خلف الاولى من ستة للابن منها سهمان وقد خلف جدته وأخاه وأخته فمسئلته من ثمانية عشر توافق سهميه بالنصف فاضرب نصف مسئلته تسعة في الاولى وهي ستة تكن أربعة وخمسين للام من الاولى سهم في تسعة وفق الثانية ولها من الثانية ثلاثة في سهم صار لها اثنا عشر وللابن الباقي سهمان في تسعة ثمانية عشر ومن الثانية عشرة في سهم صار له ثمانية وعشرون ولاخيه أربعة عشر

(القسم الثالث) أن لا ينقسم سهام الثاني على مسئلته ولا يوافقها فالطريق فيها أن تضرب المسئلة الثانية في الاولى ثم كل من له شيء من المسئلة الاولى مضروب في الثانية ومن له شيء من الثانية مضروب في سهام الميت الثاني.

تقديم الاسبق إذا كان من جهة واحدة الا نعيما ومحمد بن سالم فانهما قالا في عمة وبنت عمة المال بينهما نصفين ولم اعلم أحداً من اصحابنا ولا من غيرهم عد الجهات وبينها إلا أباالخطاب فانه عدها خمس جهات الابوة والأمومة والبنوة والاخوة والعمومة ، وهذا يفضي إلى الى أن ابنة العم من الام أو بنت العمة من الام مسقطة لبنت العم من الابوين ولا أعلم أحداً قال به.

وقد ذكر الخرقي هذا في ثلاث بنات عمومة مفترقين ان المال لبنت العم من الابوين وبيان افضائه الى ذلك ان بنت العم من الام أبوها يدلي بالاب وبنت العم من الابوين تدلي بابيها والاب يسقط العم وكذلك بنت العمة من جهة الاب وبنت العم من جهة العم فالصواب اذاً أن تكون الجهات أربعا الابوة والبنوة والاخوة والامومة

﴿ مسائل في هذا الباب ﴾ بنت بنت بنت وبنت بنت بنت بنت وبنت أخ المال بين الاولى والثالثة وسقطت الثانية إلا عند محمد بن سالم ونعيم فانها تشاركها ومن ورث الاقرب جعله لبنت الاخ لانها أسبق وقول أهل القرابة هو للاولى وحدها لانها من ولد الميت وهي أقرب من الثانية، ابن خال وبنت عم ثلث وثلثان ومن ورث الاسبق جعله لبنت العم ، وإن كان معها بنت عمة فلا شيء لها لان بنت العم أسبق الى الوارث منهما وهما من جهة واحدة ، وإن كان معهم عمة سقطت بنت العم لان العمة بمنزلة الاب وبنت العم بمنزلة العم بنت بنت بنت وبنت بنت ابن المال لبنت بنت الابن عند الجميع

مثاله رجل خلف امرأة وبنتاً وأخا فهي من ثمانية للبنت أربعة ثم ماتت البنت وتركت زوجا وأما وابنتين فان مسئلتها تعول الى ثلاثة عشر لا تنقسم عليها سهامها ولا توافقها فاذا ضربت المسئلة الاولى وهي ثمانية في الثانية وهي ثلاثة عشر كانت مائة وأربعة فكل من له شيء من الاولى مضروب في ثلاثة عشر ومن له شيء من ثلاثة عشر مضروب في أربعة ومثل ذلك زوج وأم وست اخوات مفترقات ماتت احدى الاختين من الام وخلفت من خلفت فالاولى من عشرة والثانية من ستة لأنها خلفت اما واختاً لابوين واختين من ام تضربها في الاولى تكن ستين ومنها تصح

(فصل) وربما اختلف الحكم بكون الميت الاول رجلا او امراة فيحتاج الى السؤال عن ذلك مثال ذلك اذا قيل أبوان وابنتان لم تنقسم التركة حتى ماتت احدى البنتين ان كان الميت الاول رجلا فالاب جد وارث في الثانية لانه أبو أب وتصح المسئلتان من اربعة وخمسين وان كان الميت الاول امرأة فالاب ابو الام في الثانية لا يرث لانه من ذوي الارحام وتصح المسئلتان من اثني عشر وتسمى المأمونية لان المأمون سأل عنها يحيى بن اكثم حين أراد توليته القضاء ليختبر فهمه فقال يا امير المؤمنين من الميت الاول فعلم أنه فهمها

﴿ مسئلة ﴾ (فان مات ثالث جمعت سهامه مما صحت منه الاوليان وعملت فيها عملك في مسئلة الثاني مع الاول وكذلك تصنع في الرابع ومن بعده)

إلا عند ابن سالم ونعيم، بنت بنت بنت وابن أخ من أم المال للاولى ومن ورث الاقرب جعله لابن الاخ وهو قول ضرار لان البعيد اذا نزل أسقط القريب بنت بنت وبنت بنت ابن المال بينهما على أربعة عند جميع المنزلين وعند أهل القرابة هو لبنت البنت لانها أقرب ابن بنت بنت وبنت أخ هو بينهما ومن ورث الاقرب جعله لبنت الاخ وعند أهل القرابة هو لابن بنت البنت ابن بنت وابن ابن ابن أخت لابوين المال بينهما وعند من ورث الاقرب وأهل القرابة هو للاول بنت أخ وبنت عم أو بنت عمة المال لبنت الاخ وقياس قول أحمد رضي الله عنه في توريث البعيد من القريب إن كان من جهتين أن يكون لبنت العم والعمة لانهما من جهة الاب وذلك قول ضرار أيضاً ابن أخت وابن عم لام المال بينهما، ومن ورث الاقرب جعله لابن الاخت وهو قول أهل القرابة ايضاً لانها من ولد أبوي الميت وابن العم للام من ولد أبوي أبويه بنت عم وبنت عم أب هو للاول عند الجميع إلا عند ابن سالم ونعيم بنت بنت بنت وأم أب أم المال بينهما على أربعة بنت بنت بنت وأبو أم أب مثلها عندنا وعند من ورث لاقرب جعله الثاني بنت بنت بنت ابن وعمة أو خالة للاولى النصف في الاولى ومع الخالة لها ثلاثة أرباع المال وعند من ورث الاقرب الكل للعمة والخالة، ويحتمل أن تكون الجهات ثلاثاً الابوة والبنوة والامومة لان جعل لامومة جهة خامسة يفضي الى اسقاط بنت العم ببنت العمة كما ذكرنا، وإن جعلنا الاخوة جهة رابعة مع نفي جهة العمومة أفضى الى اسقاط ولد الاخوة والاخوات ببنات الاعمام والعمات واذا جعلنا جميعهم جهة واحدة وورثنا أسبقهم الى الوارث كان أولى والله أعلم

ومثال ذلك زوجة وأم وثلاث أخوات مفترقات. المسئلة الاولى، من خمسة عشر، ماتت الاخت من الابوين وخلفت زوجا ومن خلفت فسئلتها من ثمانية وسهامها ستة يتفقان بالنصف فتضرب لصف مسئلتها في الاولى تكن ستين ثم ماتت الام وخلفت زوجا وأختاً وبنتهـا وهي الاخت من الام، مسئلتها من أربعة ولها من المسئلتين أحد عشر سهما لا توافق مسئلتها تضرب مسئلتها في الاولين تكن مائتين وأربعين ومنها تصح الثلاث.

ومثال الاربعة زوجة وابوان وابنتان، لم يقسموا حتى مات الاب وخلف أخا لاب وأم، ومن خلف ثم ماتت الام وخلفت أما وعماً ومن خلفت ثم ماتت إحدى البنتين وخلفت زوجاً ومن خلفت تصح الاولى من سبعة وعشرين، والثانية من أربعة وعشرين، توافق تركة الاب بالارباع ثم ماتت الام عن سبعة وعشرين وخلفت أما وبنتي ابن وعماً فسئلتها من ستة وتركتها توافقها بالاثلاث ثم ماتت احدى البنتين عن مائة وثلاثين وتركت زوجا وأما وأختاً فسئلتها من ثمانية وتركتها توافقها بالانصاف فتصح المسائل الاربع من الف ومائتين وستة وتسعين للزوجة من الاولى والرابعة مائتان وأربعة وسبعون وللبنت الباقية من المسائل الاربع سبعمائة وخمسة عشر؛ ولأخي الميت الباقي أربعون، ولام الثالثة ستة وثلاثون، ولعمها كذلك، ولزوج الرابعة مائة وخمسة وتسعون، زوج، وام، وست أخوات

(مسئلة) قال (واذا كان وارث غير الزوج والزوجة او مولى نعمة فهو احق بالمال من ذوي الارحام)

في هذه المسئلة فصول ثلاثة : (أحدها) أن الرد يقدم على ميراث ذوي الارحام فمن خلف الميت عصبة أوذا فرض من أقاربه أخذ المال كله ولا شيء لذوي الارحام وهذا قول عامة من ورث ذوي الارحام . وقال الخبري لم يختلفوا أن الرد أولى منهم إلا ماروي عن سعيد بن المسيب وعمر ابن عبد العزيز انهما ورثا الخال مع البنت فيحتمل أنهما ورثاه لكونه عصبة أو مولى لئلا يخالف الاجماع، وقول النبي ﷺ « الخال وارث من لا وارث له » ومن مسائل هذا الفصل أبو أم وجدة المال للجدة بنت ابن و بنت بنت ابن ابن ابن وابن أخت عم وعمة ثلاثة بني إخوة مفترقين لا شيء لذي الرحم في جميع ذلك

(الفصل الثاني) أن المولى المعتق وعصبانه أحق من ذوي الارحام وهو قول عامة من ورثهم من الصحابة وغيرهم وقول من لا يرى توريثهم أيضاً . وروي عن ابن مسعود تقديمهم على المولى ، وبه قال ابنه ابو عبيدة وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة وعلقمة والاسود وعبيدة ومسروق وجابر بن زيد والشعبي والنخعي والقاسم بن عبد الرحمن وعمر بن عبد العزيز وميمون ومهران والاول أصح لقوله

مفترقات ، ماتت الام وتركت أبويها ومن خلفت ، ثم ماتت أخت من أب وأم وتركت زوجا وجدة ومن خلفت ثم ماتت أخت من أم وخلفت زوجا وجدة ومن خلفت الاولى عشرة والثانية من ستة فتصير الاثنتان من ستين والثالثة من عشرين وماتت عن ثلاثة عشر لا توافق فتضرب عشرين في ستين تكن ألفاً ومائتين والرابعة من ثمانية وماتت عن مائة وستة وستين توافقها بالانصاف فتضرب أربعة في الف ومائتين تكن أربعة آلاف وثمان مائة.

(باب قسم التركات)

إذا خلف تركة معلومة فأمكنك نسبة نصيب كل وارث من المسئلة فاعطه مثل تلك النسبة من التركة ، مثال ذلك زوج وأبوان وابنتان المسئلة من خمسة عشر والتركة أربعون ديناراً ، فللزوج ثلاثة وهي خمس المسئلة فله خمس التركة ثمانية دنانير ولكل واحد من الابوين ثلثا خمس المسئلة فله ثلثا الثمانية وذلك خمسة دنانير وثلث دينار ولكل واحدة من البنتين مثل ما للأبوين كليهما وذلك عشرة وثلثان وإن شئت قسمت التركة على المسئلة وضربت الخارج بالقسم في نصيب كل وارث فما بلغ فهو نصيبه فاذا قسمت التركة على المسئلة ههنا كان الخارج بالقسم دينارين وثلثين إذا ضربتها في نصيب الزوج وهو ثلاثة كان ثمانية دنانير وإذا ضربتها في نصيب كل واحد من الابوين كانت خمسة وثلثاً

عليه السلام « الخال وارث من لاوارث له » والمولى وارث ولان المولى يعقل وينصر فأشبه العصبة من النسب .

(الفصل الثالث) في توريثهم مع الزوج والزوجة لا أعلم خلافا بين من ورثهم أنهم يرثون مع أحد الزوجين مافضل عن ميراثه من غير حجب له ولا معاولة ، واختلف في كيفية توريثهم معه فروى عن امامنا أنهم يرثون ما فضل كما يرثون المال إذا انفردوا وهذا قول أبي عبيد ومحمد بن الحسن واللؤلؤي وعامة من ورثهم ، وقال يحيى بن آدم وضرار يقسم المال الباقي بينهم على قدر سهام من يدلون به مع أحد الزوجين على الحجب والعول ثم نفرض للزوج فرضه كاملا من غير حجب ولاعول ثم يقسم الباقي بينهم على قدر سهامهم فانما يقع الخلاف في مسئلة فيها من يدلي بذي فرض ومن يدلي بعصبة فاما ان أدلى جميعهم بذى فرض اوعصبة فلا خلاف فيه ، ومن مسائل ذلك زوج وبنت بنت وبنت أخت او ابن أخت او أولاد أخت او بنت أخ او بنات أخ فللزوج النصف والباقي بين بنت البنت ومن معها نصفين ، وقال يحيى وضرار المسئلة من أربعة للزوج الربع وللبنت النصف سهمان يبقى سهم لمن معها ثم يفرض للزوج النصف والنصف الآخر بينهم على ثلاثة لبنت البنت سهمان ولمن معها سهم فان كان مكان الزوج زوجة فرضت المسئلة من ثمانية للمرأة سهم وللبنت أربعة ويبقى ثلاثة لمن بقي ثم يفرض للمرأة الربع ويقسم الباقي بينهم على سبعة تضربها في أربعة تكن ثمانية وعشرين ،

وإذا ضربتها في نصيب كل واحدة من ابنتين كانت عشرة دنانير وثلثين ، وإن شئت ضربت نصيب كل وارث في التركة وقسمته على المسئلة فما خرج فهو نصيبه ففي هذه المسئلة إذا ضربت نصيب الزوج وهو ثلاثة في التركة كان مائة وعشرين إذا قسمتها على المسئلة وهي خمسة عشر خرج بالقسم ثمانية وإذا ضربت نصيب أحد الابوين في التركة كان ثمانين فاذا قسمتها على المسئلة خرج خمسة وثلث وإذا ضربت نصيب كل واحدة من البنتين في التركة كانت مائة وستين إذا قسمتها على المسئلة خرج بالقسم عشرة وثلثان كما ذكرنا

(فصل) فان كانت المسئلة من الاعداد الصم لم يمكن العمل بالطريق الاول لانه لا نسبة فيها فاعمل بالطريقين الآخرين .

مثال ذلك زوج وأم وابنتان ، والتركة خمسون دينارا ، المسئلة من ثلاثة عشر إذا قسمت عليها التركة خرج بالقسم لكل سهم ثلاثة دنانير وأحد عشر جزءاً من ثلاثة عشر جزءاً من دينار، تضرب في ذلك سهام الزوج وهي ثلاثة يجتمع له أحد عشر ديناراً وسبعة أجزاء وتضرب نصيب الام تكن سبعة وتسعة أجزاء ولكل بنت ضعف ذلك وإن ضربت سهام كل وارث في الخمسين وقسمتها على على المسئلة خرج ما قلنا .

﴿ مسئلة ﴾ وإن شئت في مسائل المناسخات قسمت التركة على المسئلة الاولى ثم أخذت نصيب

ومنها تصح للمرأة الربع سبعة ولبنت البنت أربعة أسباع الباقي اثنا عشر ويبقى تسعة لمن معها زوج وبنت بنت وخالة وبنت عم للزوج النصف والباقي بين ذوي الارحام على ستة لبنت البنت ثلاثة وللخالة سهم ويبقى لبنت العم سهمان وتصح من اثني عشر سهما ، وفي قول يحيى وضرار تفرض المسئلة من اثني عشر للزوج ثلاثة وللبنت ستة وللام سهمان ويبقى للعم سهم ثم يعطى الزوج النصف وتجمع سهام الباقين وهي تسعة فيقسم النصف الباقي على تسعة فلا تصح فتضربها في اثنين تكن ثمانية عشر ، وإن كان مكان الزوج امرأة فعلى قول الجمهور للمرأة الربع والباقي بين ذوي الارحام على ستة وهي توافق باقي مسئلة الزوجة بالاثلاث فردها إلى اثنين وتضربها في أربعة تكن ثمانية عشر للمرأة سهمان ولبنت البنت نصف الباقي ثلاثة وللخالة سهم ولبنت العم سهمان ، وعلى قول يحيى تفرضها من من أربعة وعشرين لذوي الارحام منها أحد وعشرون ثم تفرض للمرأة الربع من أربعة لها سهم ولهم ثلاثة توافق سهامهم بالثلث فتضرب ثلثها في أربعة تكن ثمانية وعشرين ومنها تصح ، امرأة وثلاث بنات ثلاثة إخوة متفرقين امرأة وبنت بنت وثلاث اخوة متفرقين امرأة وبنت بنت وثلاث خالات متفرقات وثلاث عمات متفرقات

(فصل) ولا يعول من مسائل ذوي الارحام الا مسئلة واحدة وشبهها وهي خالة او غيرها ممن يقوم مقام الام او الجدة وست بنات ست أخوات متفرقات أو من يقوم مقامهن ممن يأخذ

الثاني فقسمته على مسئلته وكذلك الثالث فان كان بين التركة والمسألة موافقة رددتهما الى وفقهما وقسمت وفق التركة على وفق المسألة واعمل على ما ذكرنا .

مثال زوجة وأم وثلاث أخوات مفترقات ، المسألة من خمسة عشر والتركة عشرون ديناراً ماتت الام وخلفت أبوين ومن خلفت المسئلة الاولى من خمسة عشر ، والثانية من ستة للام من الاولى سهمان لا تنقسم على الثانيــة وتوافقها بالنصف فتضرب نصف الستة في المسئلة الاولى تكن خمســة وأربعين ، فان شئت نسبت نصيب كل وارث من المسئلة واعطيته من التركة مثل تلك النسبة فللمرأة تسعة وهي خمس المسئلة ، فلها خمس التركة أربعة دنانير ، وللاخت من الام ثمانية ، وهي ثمانية أتساع الخمس ، فلها من التركة ثمانية أتساع خمسها ، وهو ثلاثة دنانير ، وخمســة أتســاع دينار وللاخت من الابوين عشرون وهي أربعة أتساع المسئلة ، فلها أربعة أتساع التركة وهي ثمانية دنانير وثمانية أتساع دينار ، وللاخت من الاب ستة وهي تسع المسئلة وخمس تسعها فلها من التركة ديناران وثلثان ، وإن شئت قسمت العشرين على خمســة وأربعين وضربت الخــارج بالقسم في نصيب كل وارث فيخرج ما ذكرناه وان شئت ضربت سهام كل وارث في التركة وقسمت ما بلغ على المسئلة فما خرج فهو نصيبه ان شئت وافقت بين التركة والمسئلة وهي توافقها بالاخماس فترد المسئلة الى تسعة والتركة الى أربعة وتضرب سهام كل وارث في أربعــة وتقسمه على تسعة يخرج ما ذكرناه .

﴿ مسئلة ﴾ (وان أردت القسمة على قراريط الدينار فاجعل عدد القراريط كالتركة المعلومة

المال بالفروض فان للخالة السدس ولولد الام الثلث ولبنات الاختين من الابوين الثلثان أصلها من ستة وعالت إلى سبعة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويورث الذكور والاناث من ذوي الارحام بالسوية اذا كان ابوهم واحداً وامهم واحدة الا الخال والخالة فللخال الثلثين وللخالة الثلث)

اختلفت الرواية عن احمد في توريث الذكور والاناث من ذوي الارحام اذا كانوا من أب واحد وأم واحدة فنقل الاثرم وحنبل وابراهيم بن الحارث في الخال والخالة يعطون بالسوية فظاهر هذا التسوية في جميع ذوي الارحام وهو اختيار أبي بكر، ومذهب أبي عبيد واسحاق ونعيم بن حماد لأنهم يرثون بالرحم المجرد فاستوى ذكرهم وأنثاهم كولد الام، ونقل يعقوب بن بختان اذا ترك ولد خاله وخالته اجعله بمنزلة الاخ والاخت للذكر مثل حظ الانثيين وكذلك ولد العم والعمة . ونقل عنه المروذي فيمن ترك خاله وخالته : للخال الثلثان وللخالة الثلث، فظاهر هذا التفضيل وهو قول أهل العراق وعامة المنزلين لان ميراثهم معتبر بغيرهم فلا يجوز حملهم على ذوي الفروض لأنهم يأخذون المال كله ولا على العصبة البعيد لان ذكرهم ينفرد بالميراث دون الاناث فوجب اعتبارهم بالقرب من العصبات والاخوة والاخوات . ويجاب عن هذا بأنهم معتبرون

واعمل على ما قلنا، وقراريط الدينار في عرف بلدنا أربعة وعشرون قيراطاً فان كانت السهام كثيرة وأردت أن تعلم سهم القيراط فانظر ما يتركب منه العدد فانه لا بد أن يتركب من ضرب عدد في عدد فانسب احد العددين الى أربعة وعشرين فان كان أقل منها فخذ من العدد الآخر مثل تلك النسبة، فما كان فهو لكل قيراط وان كان أكثر من أربعة وعشرين قسمته عليها فما خرج بالقسم فاضربه في العدد الآخر فما بلغ فهو نصيب القيراط

ومثال ذلك ستمائة أردت قسمتها على القراريط فهي متركبة من ضرب عشرين في ثلاثين وانسب العشرين إلى أربعة وعشرين تكن نصفها وثلثها فخذ نصف الثلاثين وثلثها خمسة وعشرون فهي سهم القيراط وإن قسمت الثلاثين على أربعة وعشرين خرج بالقسم سهم وربع فاضربها في العشرين تكن خمسة وعشرين وهي سهم القيراط فاذا عرفت سهم القيراط فانظر كل من له سهام فاعطه بكل سهم من سهام القيراط قيراطا فان بقي له من السهام ما لا يبلغ قيراطاً فانسبه إلى سهام القيراط وأعطه منه مثل تلك النسبة فان كان في سهام القيراط كسر بسطتها من جنس الكسر ثم كل من له سهام بعدد مبلغ السهام فله بعدد مخرج الكسر قراريط وتضرب بقية سهامه في مخرج الكسر وتنسبها منها

مثال ذلك زوج وأبوان وابنتان ماتت الام وخلفت أما وزوجاً وأختا من أبوين وأختين من أب وأختين من أم فالاولى من خمسة عشر والثانية من عشرين فتضرب وفق إحداهما في الاخرى تكن

بولد الام وانما يأخذون كل المال بالفرض والرد واتفق الجميع على التسوية بين ولد الام لان أباءهم يستوي ذكرهم وأنثاهم الا في قياس قول من أمات السبب فان الذكر مثل حظ الانثيين . والذي نقل الخرقي التسوية بين الجميع إلا في الخال والخالة ولم أعلم له موافقا على هذا القول ولا علمت وجهه. وأما قوله إذا كان أبوهم واحداً وأمهم واحدة فلأن الخلاف انما هو في ذكر وأنثى أبوهما وأمهما واحد فاما إذا اختلف آباؤهم وأمهاتهم كالاخوال والخالات المتفرقين والعمات المفترقات أو اذا أدلى كل واحد منهم بغير من أدلى به الآخر كابن بنت وبنت بنت اخرى فلذلك موضع آخر يذكر فيه غير هذا ان شاء الله تعالى

ومن مسائل ذلك ابن أخت معه أخته أو ابن بنت معه أخته : المال بينهما نصفين عند من سوى وعند أهل القرابة وسائر المنزلين المال بينهما على ثلاثة ابنان وابنتان أخت لابوين وثلاثة بنين وثلاث بنات أخت لاب وأربعة بني رشد وأربع بنات أخت لام أصل المسئلة من خمسة للاخت من الابوين ثلاثة بين ولدها على أربعة وللاخت من الاب سهم بين ولدها على ستة وللاخت من الام سهم بين ولدها على ثمانية والاربعة داخلة فيها والستة توافقها بالنصف فتضرب نصفها في ثمانية تكن أربعة وعشرين ، ثم في خمسة تكن ثمانية وعشرين ومن فضل أبقى ولد الام بحالهم وجعل ولد الاخت من الابوين ستة توافقهم سهامهم بالثلث فيرجعون الى اثنين فيدخلان في الثمانية وولد الاخت من الاب تسعة تضربها في ثمانية

مائة وخمسين وسهم القيراط ربع ابسطها أرباعا تكن خمسة وعشرين فهذه سهام القيراط فللبنت من الاولى أربعة في عشرة أربعون فلها بخمسة وعشرين أربعة قراريط يبقى خمسة عشر اضربها في مخرج الكسر تكن ستين واقسمها على خمسة وعشرين تكن اثنين وخمسين فصار لها ستة وخمسان وللاب من الاولى والثانية ستة وعشرون فله بخمسة وعشرين أربعة وابسط السهم الباقي أرباعا يكن أربعة أخماس خمس ولزوج الاولى ثلاثون فله بخمسة وعشرين سهماً أربعة قراريط وابسط الخمسة الباقية تكن عشرين وهي أربعة أخماس قيراط ولام الثانية سهمان ابسطها أرباعا تكن خمس قيراط وثلاثة أخماس قيراط وكذلك لكل اخت من أم وللاختين للاب مثل ذلك وللاخت للابوين ستة ابسطها أرباعا تكن أربعة اخماس قيراط

(مسئلة) (وإن كانت التركة سهاما من عقار كثلث وربع ونحو ذلك)

فان شئت أن تجعلها من قراريط الدينار وتقسمها على ما قلنا وإن شئت وافقت بينها وبين المسئلة وضربت المسئلة او وفقها في مخرج سهام العقار او في وفقها فما كان فانسبه من المبلغ فما خرج فهو نصيبه إذا كانت التركة ربع دار وثلثها جمعتها من مخرجها قراريط فكانت اربعة عشر قيراطاً وجعلتها كالدنانير وعملت على ما سبق وان شئت اخذتها من مخرجها وقسمتها على المسئلة فان انقسمت بغير ضرب . مثال ذلك زوج وام وثلاث اخوات مفترقات والتركة ربع دار وخمسها المسئلة من تسعة

تكن اثنين وسبعين ثم في خمسة تكن ثلاثمائة وستين ، وان كانوا أولاد عمات أو خالات متفرقات فكذلك ، وإن كانوا أولاد بنات أو أولاد أخوات من أبوين أو من أب فهي من اثنين وسبعين عند من سوى ومن مائة وثمانية عند من فضل . وقول أهل العراق هي من سبعة وعشرين كأولاد البنين

(فصل) وان كان معك أولاد بنات أو أخوات قسمت المال بين أمهاتهم على عددهن فما أصاب كل واحدة منهن فهو لولدها بالسوية عند من سوى ، وعند من فضل جعله بينهم على حسب ميراثهم . واختلف أصحاب أبي حنيفة فذهب أبو يوسف الى قسم المال بينهم على عددهم دون مراعاة أمهاتهم إذا استووا ومن يدلون به من الآباء والامهات إلى بنات الميت للذكر مثل حظ الانثيين كأولاد البنين ، وجعل محمد بن الحسن من أدلى بابن ابنا وان كان أنثى ، ومن أدلى بالانثى أنثى وان كان ذكراً وجعل المدلى بهم بعدد المدلين ثم قسم بينهم على عددهم فما أصاب ولد الابن قسمه بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وما أصاب ولد الانثى قسمه بينهم كذلك

(مسائل) من ذلك بنت ابن بنت وابن بنت بنت ، قول من سوى المال بينهما نصفين وقول من فضل ان كانا من ولد بنين فكذلك وان كانا من ولد بنت واحدة فالمال بين ابنها وبنتها لابنها ثلثاه ولبنتها ثلثه فما أصاب ابنها فهو لبنته وما أصاب بنتها فهو لابنها فيصير للبنت سهمان وللابن سهم ، وقول محمد كذلك وقول أبي يوسف للابن سهمان وللبنت سهم كابن الميت وبنته : ابنا وبنت بنت وابن ابن بنت قول من سوى لابن ابن البنت النصف والباقي بين الباقين على ثلاثة سواء كانوا من

ومخرج سهام العقار عشرون المورث منها تسعة منقسمة على المسئلة للزوج منها ثلاثة وهي عشر الدار ونصف عشرها وللاخت من الابوين مثل ذلك ولكل واحدة من الباقيات نصف عشر فان لم تنقسم لكن وافقت السهام الموروثة المسئلة رددت المسئلة الى وفقها ثم ضربته في مخرج سهام العقار ثم كل من له شيء من المسئلة مضروب في وفق السهام الموروثة من العقار

مثاله زوج وابوان وابنتان والتركة ربع دار وخمسها المسئلة من خمسة عشر توافق السهام الموروثة من العقار بالثلث لانها تسعة فترد المسئلة الى ثلثها خمسة ثم تضربها في مخرج سهام العقار وهي عشرون تكن مائة فللزوج من المسئلة ثلاثة في وفق سهام العقار ثلاثة تسعة من مائة وهو نصف عشر الدار وخمس خمسها ولكل واحد من الابوين سهمان في ثلاثة ستة وهي ثلاثة أخماس عشر الدار ولكل بنت ضعف ذلك وهو عشر وخمس عشر ، وان لم توافق السهام الموروثة المسألة ضربت المسألة جميعها في مخرج سهام العقار ثم كل من له شيء من المسألة مضروب في السهام الموروثة من العقار فما بلغ فانسبه من مبلغ سهام العقار وان شئت نسبت سهام كل وارث من المسألة فما بلغ أعطيته منها بقدر نسبة السهام الموروثة الى سهام العقار فتقول في هذه المسألة للزوج من المسألة الخمس فله خمس التركة وكذلك تفعل في بقية الورثة على ماسبق

ولد بنت أو من ولد بنين ، وقول المفضلين ان كانوا من ولد بنين فلابن ابن البنت النصف والنصف الآخر بين الباقين على خمسة ، وان كانوا من ولد بنت فلابن ابن البنت الثلثان والثلث الباقي للباقين على خمسة لان المال كان للبنت الاولى فقسم بين ابنها وبنتها أثلاثا للابن سهمان فهما لابنه وللبنت سهمان فهو لولدها قول محمد يقسم بينهم على خمسة لابن الابن سهمان لانه يدلي بابن وللباقين ثلاثة لانهم يدلون بأنثى قول أبي يوسف يقسم بينهم على سبعة لكل ابن سهمان وللبنت سهم ابنا بنت بنت وبنتا ابن بنت قول من سوى المال بينهم على أربعة بكل حال قول المفضلين ان كانوا من ولد بنين فكذلك وان كانوا من ولد واحدة فلابنها الثلثان بين ابنيه ولابنتها الثلث بين ابنيها قول أبي يوسف المال بينهم على ستة لكل ذكر سهمان ولكل أنثى سهم قول محمد لكل ذكر سهم ولكل أنثى سهمان ابنا وابنتا ابن أخت وثلاثة بنين وثلاث بنات بنت أخت قول من سوى النصف بين الاولين على أربعة والنصف الباقي بين الآخرين على ستة وتصح من أربعة وعشرين قول من فضل ان كانوا من ولد واحدة فللاولين الثلثان بينهم على ستة وللآخرين الثلث بينهم على تسعة وتصح من أربعة وخمسين ، وان كانوا من ولد اثنين صحت من ستة وثلاثين قول أبي يوسف للذكر مثل حظ الانثيين وتصح من خمسة عشر ، وقول محمد ولد ابن الاخت بمنزلة أربع ذكور وولد بنت الاخت كست إناث فيقسم المال بينهم على أربعة عشر ولولد الأخ لاخت منها ثمانية أسهم بينهم على ستة وللآخرين ستة بينهم

(فصل) في المجهولات زوج وأم وأختان لاب وأم أخذ الزوج بميراثه خمسة وأربعين ديناراً كم جميع التركة ؟ فالطريق في ذلك أن تقسم الدنانير التي أخذها على سهامه تخرج خمسة عشر فاضربها في سهام المسئلة وهي ثمانية تكن مائة وعشرين وهي التركة وان شئت ضربت ما أخذ في سهام المسألة تكن ثلاثمائة وستين وقسمت ذلك على سهامه فما خرج فهو التركة وان شئت قلت سهام من بقي مثل سهامه مرة وثلاثين فيجب أن يكون الباقي خمسة وسبعين زوج وأم وست اخوات مفترقات والتركة ستة وخمسون ديناراً وثوب أخذ الزوج بميراثه الثوب كم قيمته ؟ فالطريق أن تقسم العين على سهام من بقي من الورثة تخرج ثمانية تضربها في سهام الزوج تكن أربعة وعشرين وان شئت قلت سهام الزوج من سهام الباقي ثلاثة أسباعها نخذ ثلاثة أسباع العين تكن ما ذكرنا وبالجبر تجعل قيمة الثوب شيئاً فاذا أخذه الزوج بثلاثة أسهم وجب أن يأخذ باقي الورثة سبعة أسهم شيئين وثلثا وذلك يعدل العين فالشيء ثلاثة أسباعها في ثلاثة أسباع العين تكن أربعة وعشرين وان بسطت الشيئين والثلث أثلاثا كانت سبعة وقسمت عليها العين يخرج الشيء أربعة وعشرين زوج وأم وست أخوات مفترقات والتركة خمسة وثلاثون ديناراً وثوب أخذت احدى الاختين للاب والام الثوب وثلاثة دنانير فألق ما أخذت من العين فاقسم الباقي على سهام باقي الورثة وهي ثمانية يخرج بالقسم أربعة دنانير وهي نصيب السهم وللاختين بسهمين ثمانية دنانير فاذا ألقيت منها ثلاثة دنانير بقي خمسة وهي قيمة الثوب والتركة جميعها أربعون ديناراً أو بالجبر تجعل قيمة الثوب شيئا

على سبعة وتصح من اثنين وأربعين وترجع بالاختصار الى أحد وعشرين، بنتا أخ وابن وابنة أخت لبنتي الاخ الثلثان في قول المنزلين جميعهم ، وقول محمد الثلث لولدي الاخت بينهما بالسوية عند من سوى ومن فضل جعله بينهما أثلاثا وهذا قول محمد ، وقال أبو يوسف لابن الاخت سهمان ولكل واحد من الباقين سهم وتصح من خمسة

(فصل) بنت بنت وبنت بنت ابن هي من أربعة عند المنزلين جميعهم وعند أهل القرابة هو لبنت البنت لانها أقرب فان كان معها بنتا بنت ابن أخرى فكأنهم بنت وبنتا ابن فسهامهم من ثمانية وتصح من ستة عشر ابن بنت ابن وبنت ابن بنت المال للابن لانه أقرب الى الوارث وهذا قول عامة من ورثهم الا ما حكي عن ابن سالم في أنه ينزل البعيد حتى يلحق بوارثه فيكون المال بينهما على أربعة للبنت ثلاثة وللابن سهم كبنت وبنت ابن بنت بنت وبنت ابن وبنت بنت ابن ابن وابنتا بنت ابن آخر للاولى ثلاثة أرباع المال والربع الباقي بين الباقيات على أربعة فتضربها في أصل المسئلة تكن من ستة عشر، ابن وبنت بنت وثلاث بنات، بنت وابنا بنت ابن لاشيء لهذين في قول الجميع لان أمهما تسقط باستكمال البنات الثلثين ويكون النصف بين الابن وأخته على اثنين والنصف الآخر على ثلاث وتصح من اثني عشر عند من سوى، ومن فضل جعلها بينهم على ستة وهو قول أهل القرابة أيضا، بنت بنت بنت وبنت ابن بنت أخرى وبنت بنت ابن ابن المال لهذه إلا في قول أهل القرابة فانه

فتقول اذا أخذت الاخت بسهمين ثوبا وثلاثة دنانير وجب أن يأخذ بقية الورثة أربعة أشياء واثنى عشر دينارا وذلك يعدل ما حصل لهم وهو اثنان وثلاثون دينارا فألق اثني عشر بمثلها يبقى أربعة أشياء تعدل عشرين دينارا فقيمة الثوب خمسة دنانير كما قلنا فان كانت المسئلة بحالها والتركة ثلاثون دينارا وعبدان متساويا القيمة أخذت احدى الاختين للابوين أحد العبدين فأسقط سهمها من المسئلة وأسقط بمثلها العبد الآخر يبقى ستة تقسم العين عليها يخرج للسهم خمسة فقيمة العبد عشرة وبالجبر تجعل قيمة كل عبد شيئاً فاذا أخذت بسهمين شيئاً وجب أن يكون لباقي الورثة أربعة أشياء وذلك يعدل ما معهم وهو شيء وثلاثون دينارا فألق المشترك يعدل الشيء عشرة كما قلنا

(باب ذوي الارحام)

وهم كل قرابة ليست بذي فرض ولا عصبة وهم أحد عشر صنفاً ولد البنات وولد الاخوات وبنات الاخوة وبنات الاعمام وبنو الاخوة من الام والعم من الام والعمات والاخوال والخالات وأبو الام وكل جدة أدلت باب بين أمين أو باب أعلى من الجد ومن أدلى بهم فهم يسمون ذوي الارحام وكان أبو عبد الله يورثهم اذا لم يكن ذو فرض ولا عصبة الا الزوج والزوجة روي هذا القول عن عمر وعلي وعبد الله وأبي عبيدة بن الجراح ومعاذ بن جبل وأبي الدرداء رضي الله عنهم وبه قال شريح وعمر

للاولين وقول من أمات السبب وورث البعيد مع القريب: المال بين بنت ابن بنت وبنت بنت ابن ابن على أربعة وتسقط الأخرى لان هذه وارثة البنت في أول درجة ، بنت بنت وبنت بنت بنت أخرى وبنت بنت ابن المال بين الاولى والاخيرة على المنزلين ، وقال أهل القرابة هو للاولى قول ابن سالم هو للاولين وتسقط الثالثة

(مسئلة) قال (واذا كان ابن اخت وبنت أخت اخرى اعطي ابن الاخت حق امه النصف وبنت الاخت الاخرى حق امها النصف ، وان كان ابن وبنت اخت وبنت اخت اخرى فللابن وبنت الاخت النصف بينهما نصفين ولبنت الاخت الاخرى النصف)

أما المسئلة الاولى فلا خلاف فيها بين المنزلين لان كل واحد منهما له ميراث من أدلى به وهو قول محمد بن الحسن أيضا ، وقال أبو يوسف يعتبرون بأنفسهم فيكون لابن الاخت الثلثان ولبنت الاخت الثلث . وأما المسئلة الثانية فلا خلاف بين المنزلين في أن لولد كل أخت ميراثها وهو النصف ومن سوى جعل النصف بين ابن الاخت وأخته نصفين والنصف الآخر لبنت الاخت الاخرى فتصح من أربعة ومن فضل جعل النصف بينهما على ثلاثة وتصح من ستة ، وقال أبو يوسف للابن

ابن عبد العزيز وعطاء وطاوس وعلقمة ومسروق وأهل الكوفة وكان زيد لا يورثهم ويجعل الباقي لبيت المال وبه قال مالك والاوزاعي والشافعي وأبو ثور وداود وابن جرير لان عطاء بن يسار روى أن رسول الله ﷺ ركب الى قباء يستخير الله في العمة والخالة فأنزل الله عز وجل أن لا ميراث لهما رواه سعيد في سننه ولان العمة وبنت الاخ لا ترثان مع اخوتهما فلا ترثان منفردتين كالاجنبيات وذلك لان انضمام الاخ اليهما يؤكدها ويقويها بدليل أن بنات الابن والاخوات من الاب يعصبهن أخوهن فيما بقي بعد ميراث البنات والاخوات من الابوين ولا يرثن منفردات فاذا لم يرث هاتان مع أخيهما فمع عدمه أولى ولان المواريث انما ثبتت نصاً ولا نص في هؤلاء

ولنا قول الله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) أي أحق بالتوارث في حكم الله قال أهل العلم كان التوارث في ابتداء الاسلام بالحلف فكان الرجل يقول للرجل دمي دمك ، ومالي مالك ، تنصرني وأنصرك ، وترثني وأرثك ، فيتعاقدان الحلف بينهما على ذلك فيتوارثان به دون القرابة وذلك قوله تعالى (والذين عقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم) ثم نسخ ذلك ، وصار التوارث بالاسلام والهجرة فاذا كان له ولد ولم يهاجر ورثه المهاجرون دونه ، وذلك قوله عز وجل (والذين آمنوا ولم يهاجروا مالكم من ولايتهم من شيء حتى يهاجروا) ثم نسخ ذلك بقوله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض) في كتاب الله .

النصف ولكل بنت الربع وتصح من أربعة ، وقال محمد لولد الاخت الاولى الثلثان بينهما على ثلاثة وللاخرى الثلث ، وتصح من تسعة ، واذا انفرد ولد كل أخ أو أخت فالعمل فيه على ماذكرناه في أولاد البنات ومتى كان الاخوات أو الاخوة من ولد الام فاتفق الجميع على التسوية بين ذكرهم وانثاهم الا الثوري ومن امات السبب ، ثلاث بنات أخ وثلاث بني اخت ان كانا من ام فالمال بينهم على عددهم وان كانا من أب أومن ابوين فلبنات الاخ الثلثان ولبني الاخت الثلث وتصح من تسعة عند المنزلين وعند محمد ، ثله وفي قول ابي يوسف يجعل لبني الاخت الثلثين ولبنات الاخ الثلث ، ابن وبنت أخت لابوين وابن اخت لام هي من اربعة عند من فضل وعند من سوى تصح من ثمانية قول محمد كأنهما اختان من ابوين واخت من ام فتصح من خمسة عشر فان كان ولد الام ايضاً ابنا وابنة صحت عند جميعهم من ثمانية الا الثوري فانه يجعل الذكر من ولد الام مثل حظ الانثيين فتصح عنده من اثني عشر وعند محمد هي من ثمانية عشر ابنا اخت لابوين وابن وابنة اخت لاب وابنا اخت أخرى لاب في قول عامتهم من ثمانية وتصح من اثنين وثلاثين عند من سوى وعند من فضل من ثمانية واربعين وقول محمد يسقط ولد الاب ويتفق قوله مع قول ابي يوسف في ان المال لولد الاخت من الابوين ، ابن اخت لابوين وابن وابنة اخت لام وابنا وابنتا اخت اخرى لام قول المنزلين من عشرين الثوري من ثلاثين محمد من ستين

وروى الامام احمد باسناده عن سهل بن حنيف أن رجلا رمى رجلا بسهم فقتله ولم يترك الا خالا فكتب فيه أبو عبيدة الى عمر فكتب اليه عمر : اني سمعت رسول الله ﷺ يقول « الخال وارث من لا وارث له » . قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وروى المقدام عن النبي ﷺ أنه قال « الخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه » أخرجه أبو داود وفي لفظ مولى من لا مولى له ، يعقل عنه ويفك عانيه ، فان قيل المراد به أن من ليس له الا خال فلا وارث له ، كما يقال الجوع زاد من لا زاد له ، والماء طيب من لا طيب له ، والصبر حيلة من لا حيلة له ، أو انه أراد بالخال السلطان قلنا هذا فاسد لوجوه ثلاثة .

(أحدها) : انه قال يرث ماله وفي لفظ يرثه

(والثاني) : أن الصحابة فهموا ذلك ، فكتب عمر هذا جوابا لابي عبيدة حين سأله عن ميراث الخال وهم أحق بالفهم والصواب من غيرهم

(والثالث) أنه سماه وارثاً ، والاصل الحقيقة وقولهم ان هذا يستعمل للنفي قلنا والاثبات كقولهم ياعماد من لا عماد له ، ياسند من لا سند له ، ياذخر من لا ذخر له .

وروى سعيد باسناده عن واسع بن حبان قال : توفي ثابت بن الدحداحة ولم يدع وارثاً ولا عصبة فرفع شأنه الى رسول الله ﷺ فدفع رسول الله ﷺ ماله الى ابن أخته أبي لبابة بن عبد المنذر ،

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان كن ثلاث بنات ثلاث اخوات مفترقات فلبنت الاخت من الاب والام ثلاثة اخماس المال ولبنت الاخت من الاب الخمس ولبنت الاخت من الام الخمس)

جعلهن مكان امهاتهن وكذلك ان كن ثلاث عمات مفترقات مذهب احمد وسائر المنزلين في ولد الاخوات ان المال يقسم بين الاخوات على قدر سهامهن فما اصاب كل اخت فهو لولدها والمال في مسئلتنا بين الاخوات على خمسة فيكون بين اولادهن كذلك وكذلك إن كن ثلاث عمات متفرقات لأنهن اخوات الاب فميراثه بينهن كميراث الاخوات المتفرقات من اخيهن وكذلك الحكم في ثلاث خالات متفرقات لأنهن اخوات الام فميراثها بينهن كذلك وقدم اهل القرابة من كان لاب وام من جميعهم ثم من كان لاب ثم من كان لام الا محمد بن الحسن فانه قسم ميراث اولاد الاخوات على أعدادهم وأقامهم مقام أمهاتهم كأنهم اخوات

ومن مسائل ذلك ستة بنات ثلاث اخوات متفرقات المال بين الاخوات على خمسة فما أصاب كل واحدة فهو لبنتيها وتصح من عشرة قول ابي يوسف المال كله لولد الابوين قول محمد لهما ثلثان

ورواه أبو عبيدة في الاموال الا أنه قال لم يخلف الا ابنة أخ له ، فقضى النبي ﷺ بميراثه لابنة أخيه ولانه ذو قرابة فيرث كذوي الفروض ، وذلك لانه ساوى الناس في الاسلام ، وزاد عليهم بالقرابة ، فكان أولى منهم ، ولهذا كان أحق في الحياة بصدقته وصلته ، وبعد الموت بوصيته ، فأشبه ذوي الفروض والعصبات المحجوبين اذا لم يكن من يحجبهم وحديثهم مرسل ثم يحتمل أنه لا ميراث لهما مع ذوي الفروض والعصبات ، ولذلك سمي الخال وارث من لا وارث له ،أي لا يرث الا عندعدم الوارث وقولهم لا يرثان مع اخوتهما قلنا لانهما أقوى منهما وقولهم ان الميراث انما ثبت نصاً قلنا قد ذكرنا نصوصاً ثم التعليل واجب مهما أمكن وقد أمكن ههنا فلا يصار الى التعبد المحض.

(فصل) والرد يقدم على ميراث ذوي الارحام فمتى خلف الميت عصبة أو ذا فرض من أقاربه أخذ جميع التركة ، هذا قول عامة من ورث ذوي الارحام قال الخبري لم يختلفوا أن الرد أولى منهم إلا ماروي عن سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز أنهما ورثا الخال مع البنت فيحتمل أنهما ورثاه لكونه عصبة أو مولى لئلا يخالف الاجماع ، وقول النبي ﷺ « الخال وارث من لاوارث له » ومن مسائل ذلك أبو أم وجدة ، المال للجدة ، بنت ابن وبنت بنت ابن ابن أخ وابن أخت عم وعمة بني اخوة مفترقين لا شيء لذوي الرحم في جميع ذلك

(فصل) وكذلك المولى المعتق وعصباته يقدمون على ذوي الارحام ، وهو قول عامة من ورثهم

ولولد الام الثلث وتصح من ستة ست بنات ست أخوات متفرقات لبنتي الاختين من الابوين الثلثان ولولد الام الثلث وتصح من ستة وهذا قول محمد بن اخت لابوين وابن وابنة اخت لاب وابنا وابنتا أخت اخرى لاب وثلاثة بنين وثلاثة بنات أخت لام هي من مائة وعشرين عند من سوى ومن ستين عند من فضل ومن اربعة وخمسين عند محمد فان كان معهم أربعة بنين واربع بنات اخرى لام صحت من مائة وأربعة وأربعين عند المنزلين كلهم قول محمد كأنهم أخت لابوين وست أخوات لاب وأربع عشرة أختا لام وسهم ولد الاب بينهم على تسعة فتصح من ثلاثمائة وثمانية وسبعين. فإن كان ولد الاخت الابوين ابنا وبنتا صحت كذلك عند المنزلين وعند محمد كأنهما اختان لابوين فيسقط ولد الاب وتصح من مائة وستة وعشرين والقول في العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وأولادهن كالقول في ولد الاخوات المتفرقات

(مسئله) قال (اذا كن ثلاث بنات ثلاثة اخوة متفرقين فلبنت الاخ من الأم السدس والباقي لبنت الاخ من الاب والأم)

هذا قول جميع المنزلين لان الاخوة المفترقين يسقط ولد الاب منهم بولد الابوين وللاخ للام السدس والباقي كله للاخ للابوين ثم ما صار لكل اخ فهو لولده وكذلك الحكم في الاخوال المتفرقين وأولادهم لان الاخوال أخوة الام، مسائل من ذلك ست بنات ستة اخوة مفترقين لولد الام الثلث والباقي لولد الابوين ست بنات ثلاثة اخوة مفترقين لولد الام السدس والباقي لولد الابوين قول محمد لولد الام الثلث، بنت اخ لابوين وابن أخ لام وبنت أخ آخر لام ابن وبنت بنت أخ لاب وابنا وابنتا ابن أخ لام، ثلاثة بنين وثلاث بنات بنت اخت لام تصح من اثنين وسبعين عند المنزلين فان كان مكان

من الصحابة وغيرهم وقول من لا يورثهم أيضاً، وروي عن ابن مسعود تقديمهم على المولى، وبه قال ابنه أبو عبيدة، وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة، وعلقمة، والاسود، وعبيدة، ومسروق، وجابر ابن زيد، والشعبي، والنخعي، والقاسم بن عبدالرحمن، وعمر بن عبد العزيز، وميمون بن مهران، والاول أصح، لقوله عليه الصلاة والسلام « الخال وارث من لا وارث له» والمولى وارث ولان المولى يعقل وينصر أشبه العصبة من النسب.

﴿ مسئلة ﴾ (ويورثون بالتنزيل فيجعل كل وارث بمنزلة من أدلى به) فيجعل ولد البنات والاخوات كامهاتهم، وبنات الاخوة، والاعمام، وولد الاخوة من الام كآبائهم، والاخوال، والخالات، وابو الام كالام، والعمات، والعم من الام كالاب، وعنه كالعم ثم تجعل نصيب كل وارث لمن أدلى به مذهب أبي عبد الله رحمه الله في توريث ذوي الارحام مذهب اهل التنزيل وهو أن ينزل كل واحد منهم منزلة من يمت به من الورثة فيجعل له نصيبه، فان بعدوا نزلوا درجة درجة حتى يصلوا إلى من

الاخ من الاب أخت كانت من ستين فان كان معهم ابن بنت أخت من أبوين عادت الى اثنين وسبعين

(فصل) بنت أخ لام وبنت ابن أخ لاب للاولى السدس والباقي للثانية عند المنزلين، وفي القرابة هو للأولى لانها أقرب الى الميت بنت بنت بنت أخ لابوين وبنت ابن أخ لابوين المال لهذه في قولهم جميعاً بنت ابن أخ لام وبنت بنت أخ لابوين وابن بنت أخ لاب للأولى السدس والباقي للثانية وقال أبو يوسف الكل للثانية بنت أخ لام وبنت بنت أخ لاب المال للأولى الا في قول الثوري وابن سالم وضرار للأولى السدس والباقي للثانية لانهم يورثون البعيد مع القريب وان كانا من جهة واحدة

(فصل) ابن وبنت أخت لابوين وبنتا أخ لاب وثلاثة بني أخت لاب وخمسة بني أخت لام وعشر بنات أخ لأم أصلها من ثمانية عشر وتصح من خمسمائة وأربعين في قول المنزلين النصف من ذلك بين ولدي الاخت للابوين بالسوية عند من سوى وأثلاثاً عند من فضل ولولد الام الثلث وهو مائة وثمانون ولولد الاخ تسعون ولولد الاخت تسعون ولولد الاب تسعون ولولد الاخ ستون ولولد الاخت ثلاثون، ثلاث بنات اخوة مفترقين وثلاث بنات أخوات مفترقات لولدي الام الثلث بينهما بالسوية والباقي لولدي الابن لبنت الاخ ثلثاه ولبنت الاخت ثلثه وإن كان معهم ثلاثة بني اخوال مفترقين فلهم السدس لابن الخال من الام سدسه وباقيه لابن الخال من الابوين ويبقى النصف لبنت الاخ من الابوين ثلثاه ولبنت الاخت ثلثه وتصح من ستة وثلاثين والحكم في ثلاثة أخوال مفترقين في قسمة ميراث الام بينهم كالحكم في ثلاثة

يمتون به فيأخذون ميراثه فان كان واحداً أخذ المال كله وإن كانوا جماعة قسمت المال بين من يمتون به فما حصل لكل واحد جعل لمن أمت به فان بقي من سهام المسئلة شيء رد عليهم على قدر سهامهم، هذا قول علقمة ومسروق والشعبي والنخعي وحماد ونعيم وشريك وابن أبي ليلى والثوري وسائر من من ورثهم غير أهل القرابة، وروي عن علي وعبد الله رضي الله عنهما أنهما نزلا بنت البنت منزلة البنت وبنت الاخ منزلة الاخ، وبنت الاخت منزلة الاخت، والعمة منزلة الاب، والخالة منزلة الام. وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه في العمة والخالة. وعن علي أنه نزل العمة بمنزلة العم. وروي ذلك عن علقمة ومسروق، وهي الرواية الثانية عن احمد وعن الثوري وأبي عبيد، انهما نزلاها منزلة الجد مع ولد الاخوة والاخوات ونزلها آخرون منزلة الجدة وانما صار هذا الاختلاف في العمة لادلائها بأربع جهات وارثات، فالأب والعم أخواها، والجد والجدة أبواها، ونزل قوم الخالة جدة لأن الجدة أمها والصحيح من ذلك تنزيل العمة أبا، والخالة أماً، لوجوه ثلاثة.

(أحدها): ماروى الزهري أن رسول الله ﷺ قال: «العمة بمنزلة الاب إذا لم يكن بينهما أب، والخالة بمنزلة الام إذا لم يكن بينها أم» رواه الامام احمد.

(والثاني): انه قول عمر وعلي وعبد الله في الصحيح عنهم ولا مخالف لهم في الصحابة.

(الثالث): ان الاب أقوى جهات العمة والام أقوى جهات الخالة فتعين تنزيلهما بهما دون غيرهما

اخوة مفترقين في قسم ميراثهم بينهم وكذلك ثلاثة أخوال مفترقين مع ثلاث خالات متفرقات كثلاث بنات اخوة مفترقين مع ثلاث بنات أخوات مفترقات على ما ذكرنا .

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذ كان ثلاث بنات عمومة مفترقين فالمال لبنت العم من الاب والام لانهن اقمن مقام آبائهن)

أكثر أهل التنزيل على هذا وهو قول أهل القرابة وقال الثوري المال بين بنت العم من الابوين وبنت العم من الام على أربعة وقال أبو عبيد لبنت العم من الام السدس والباقي لبنت العم من الابوين كبنات الاخوة ، ولا يصح شيء من هذا لانهن بمنزلة آبائهن ولو كان آباؤهن أحياء لكان المال للعم من الابوين ، وفارق بنات الاخوة لان آباءهن يكون المال بينهم على ستة ويرث الأخ من الأم مع الأخ من الابوين بخلاف العمومة وقيل على قياس قول محمد بن سالم المال لبنت العم من الام لانها بعد درجتين بمنزلة الاب فيسقط به العم قال الخبري وليس بشيء وقد ذكر أبو الخطاب في كتاب الهداية قولا من رأيه يفضي الى هذا فانه ذكر أن الابوة جهة والعمومة جهة أخرى وأن البعيد والقريب من ذوي الارحام اذا كانا من جهتين نزل البعيد حتى يلحق بوارثه سواء سقط به القريب أو لم يسقط فيلزم على هذا أن تنزل بنت العم من الام حتى تلحق بالاب فيسقط بها بنتا العمين الآخرين ، وأظن أبا

كبنت الاخ وبنت العم فانهما ينزلان بمنزلة أبويهما دون اخوتهما ولانه إذا اجتمع لها قرابات ولم يمكن توريثها بجميعها ورثناها باقواها كالمجوس عند من لا يورثهم بجميع قراباتهم وكالاخ من الابوين فانا نورثه بالتعصيب وهي جهة أبيه دون قرابة أمه ، وأما أبو حنيفة وأصحابه فانهم ورثوهم على ترتيب العصبات ، فجعلوا أولاهم من كان من ولد الميت وإن سفلوا ثم أبويه أو أحدهما وإن سفلوا ثم ولد أبوي أبويه وان سفلوا كذلك أبداً لا يرث بنو أب أعلى وهناك بنو أب أقرب منه وإن نزلت درجتهم . وعن أبي حنيفة أنه جعل أبا الام وان علا أولى من ولد البنات ويسمى مذهبهم مذهب أهل القرابة

ولنا أنهم فرع في الميراث على غيرهم فوجب الحاقهم بمن هم فرع له وقد ثبت أن ولد الميت من الاناث لا يسقط ولد أبيه فأولى أن لا يسقطهم ولده

(مسائل ذلك) بنت بنت وبنت بنت ابن ، المال بينهما على أربعة فان كان معهما بنت أخ فالباقي لها وتصح من ستة فان كان معها خالة فلبنت البنت النصف ولبنت بنت الابن السدس تكملة الثلثين، وللخالة السدس ، والباقي لبنت الاخ ، فان كان مكان الخالة عمة حجبت بنت الاخ وأخذت الباقي لان العمة كالاب فتسقط من هو بمنزلة الاخ ومن نزلها عماً جعل الباقي لبنت الاخ واسقط بها العمة ومن نزلها جداً قاسم بها ابنة الاخ الثلث الباقي بينهما نصفين ومن نزلها جدة جعل لها السدس ولبنت الاخ الباقي

الخطاب لو علم افضاء هذا القول الى هذا لم يقله ولم يذهب اليه لما فيه من مخالفة الاجماع ومقتضى الدليل واسقاط القوي بالضعيف والقريب بالبعيد ولا يختلف المذهب في أن الحكم في هذه المسئلة على ما قال الخرقي .

ومن مسائل ذلك بنت عم لابوين وبنت عم لاب المال للأولى : بنت عم لاب وبنت عم لام كذلك. بنت عم لاب وبنت ابن عم لابوين كذلك. بنت ابن عم لاب وبنت عم لام المال للأولى عند المنزلين وهوللثانية عندأهل القرابة لانها أقرب. بنت عم لام وبنت بنت عم لابوين المال الاولى في قولهم جميعاً . بنت عم وابن عمة المال لبنت العم عند الجمهور وحكى عن الثوري أن لبنت العم سهمين ولابن العمة سهم، بنت بنت عم وبنت ابن عم المال لهذه عند الجمهور وقول ابن سالم هو للأولى. بنت عمة من أبوين وبنت عم من أم لبنت العم السدس ولبنت العمة النصف ثم يرد عليها الباقي فيكون بينهما على اربعة. ثلاث بنات عمات مفترقات وبنت عم من أم المال بينهن على ستة فان كان معهن بنت عم من أبوين أو أب ورثت المال دونهن

﴿مسئلة﴾ قال (فان كن ثلاث خالات مفترقات وثلاث عمات مفترقات فالثلث بين الثلاث خالات على خمسة اسهم والثلثان بين الثلاث عمات على خمسة اسهم)

فتصح من خمسة عشر سهما للخالة التي من قبل الاب والام ثلاثة أسهم وللخالة التي من قبل

وفي قول أهل القرابة لا ترث بنت الاخ مع بنت البنت ولا مع بنت بنت الابن شيئاً .

﴿ مسئلة ﴾ (فان أدلى جماعة منهم بواحد واستوت منازلهم فنصيبه بينهم بالسوية ذكرهم وأنثاهم سواء ، وعنه للذكر مثل حظ الانثيين إلا ولد الام وقال الخرقي يسوى بينهم إلا الخال والخالة)

اختلفت الرواية عن أحمد في توريث الذكور والاناث من ذوي الارحام اذا كانوا من أب واحد وأم واحدة فنقل الأثرم وحنبل وابراهيم بن الحارث في الخال والخالة يعطون بالسوية في جميع ذوي الارحام اختاره أبو بكر وهو مذهب أبي عبيد واسحاق ونعيم بن حماد لأنهم لا يرثون بالرحم المجرد فاستوى ذكرهم وأنثاهم كولد الام، ونقل يعقوب بن بختان اذا ترك ولد خالة وخالته اجعله بمنزلة الاخ والاخت للذكر مثل حظ الانثيين وكذلك ولد العم والعمة ونقل عنه المروذي فيمن ترك خاله وخالته للخال الثلثان وللخالة الثلث فظاهر هذا التفضيل وهو قول أهل العراق وعامة المنزلين لان ميراثهم معتبر بغيرهم فلا يجوز حملهم على ذوي الفروض لأنهم يأخذون المال كله ولا على العصبة البعيد لان ذكرهم ينفرد بالميراث دون الاناث فوجب اعتبارهم بالقريب من العصبات والاخوة والاخوات

ويجاب عن هذا بانهم معتبرون بولد الام وإنما يأخذون كل المال بالفرض والرد واتفق الجميع على التسوية بين ولد الام لان أباهم يسوي ذكرهم وأنثاهم الا في قول من أمات السبب فان عنده للذكر مثل حظ الانثيين فأما الذي نقل عنه الخرقي أنه يسوى بين الجميع إلا الخال والخالة قال شيخنا

الاب سهم وللخالة التي من قبل الام سهم وللعمة التي من قبل الاب والام ستة أسهم وللعمة التي من قبل الاب سهمان وللعمة التي قبل الام سهمان، إنما كان كذلك لان الخالات بمنزلة الام والعات بمنزلة الاب فكأن الميت خلف أباه وأمه فلامه الثلث والباقي لابيه ثم ماصار للام بين أخواتها على خمسة لانهن أخوات لها متفرقات فيقسم نصيبها بينهن بالفرض والرد على خمسة كما يقسم مال الميت بين أخواته المفترقات وما صار للاب قسم بين أخواته على خمسة فصار الكسر في الموضعين على خمسة واحداهما تجزيء عن الاخرى لانهما عددان متماثلان فتضرب خمسة في أصل المسئلة وهو ثلاثة فصارت خمسة عشر كما ذكر للخالات سهم في خمسة مقسومة بينهن كما ذكر وللعات سهمان في خمسة تكن عشرة بينهن على خمسة كما ذكر أيضا وهذا قول عامة المنزلين، وعند أهل القرابة للعمة من الابوين الثلثان وللخالة من الابوين الثلث وسقط سائرهن، وقال نعيم واسحاق الخالات كلهن سواء فيكون نصيبهن بينهن على ثلاثة وكذلك نصيب العمات بينهن على ثلاثة يتساوين فيه فتكون هذه المسئلة عندهما من تسعة، فان كان مع الخالات خال من أم ومع العات عم من أم فسهم كل واحد من الفريقين بينهم على ستة، وتصح من ثمانية عشر سهما عند المنزلين. ثلاثة أخوال مفترقين معهم أخواتهم وعم وعمة من ام الثلث بين الاخوال والخالات على ستة، للخال والخالة من الام ثلاثة بينهما بالسوية وثلثاه للخال والخالة من الابوين بينهما على ثلاثة عند من فضل وهو قول أكثر المنزلين وإحدى الروايتين عن احمد وذكرها

فلا أعلم له موافقاً على هذا القول ولا علمت وجهه والخلاف إنما هو في ذكر وأنثى أبوهما وأمهما واحد فاما إذا اختلف آباؤهم وأمهاتهم كالاخوال والخالات المفترقين والعات المفترقات أو إذا أدلى كل واحد منهم بغير من أدلى به الآخر كابن بنت وبنت بنت أخرى فلذلك موضع يذكر فيه ان شاء الله تعالى

(مسائل ذلك) ابن أخت معه أخته وابن بنت معه أخته المال بينهما نصفين عند من سوى وعند أهل القرابة وسائر المنزلين المال بينهما على ثلاثة: ابنان وابنتا أخت لابوين وثلاث بني وثلاث بنات أخت لاب وأربع بني وأربع بنات أخت لام أصل المسئلة من خمسة للاخت من الابوين ثلاثة بين ولدها على أربعة وللاخت من الاب سهم بين ولدها على ستة والاخت من الام سهم بين ولدها على ثمانية والاربعة داخلة فيها والستة توافقها بالنصف فتضرب نصفها في ثمانية تكن أربعة وعشرين ثم في خمسة تكن مائة وعشرين ومن فضل ابقى ولد الام بحالهم وجعل ولد الاخت من الابوين ستة توافقهم سهامهم بالثلث فيرجعون الى اثنين فيدخلان في الثمانية وولد الاخت من الاب تسعة تضربها في ثمانية تكن اثنين وسبعين ثم في خمسة تكن ثلاثمائة وستين، وان كانوا أولاد عمات أو خالات مفترقات فكذلك وان كانوا أولاد بنات أو أولاد أخوات من أبوين أو من أب فهي من اثنين وسبعين عند من سوى ومن مائة وثمانية عند من فضل وقول أهل العراق هي من سبعة وعشرين كاولاد البنين

(فصل) اذا كان معك أولاد بنات أو أخوات قسمت المال بين أمهاتهن على عددهن فما أصاب

الخرقي في الخال والخالة خاصة دون سائر ذوي الارحام ، والرواية الاخرى هو بينهما على السوية والثلثان بين العم والعمة بالسوية . ثلاث عمات وثلاث بنات عم وثلاث خالات وثلاثة بني خال الميراث للعمات والخالات ويسقط الباقون فيكون للخالات الثلث والباقي للعمات، فان كان معهم ثلاث بنات اخوة فللخالات السدس والباقي للعمات لأنهن بمنزلة الاب فيسقط بهن بنات الاخوة لانهن بمنزلة الاخوة ، ويحتمل أن يجعل أولاد الاخوة والاخوات من جهة الابوة فيقدم ولد الابوين وولد الاب على العمات لأنهم أولاد بنيه والعمات أخواته ، ووجه هذا الاحتمال اننا إذا جعلنا الاخوة جهة والابوة جهة أخرى مع ماتقرر من أصلنا أن البعيد والقريب اذا كانا من جهتين نزل البعيد حتى يلحق بوارثه سواء سقط به القريب او لم يسقط لزم منه سقوط ولد الاخوة ببنات العم من الام لانهن من جهة الاب ويلزم من هذا أن يسقطن ببنات العمات وبنات الاعمام كلهم ، فاما ان كان مكان العمات والخالات بناتهن فللخالات السدس بين بناتهن على خمسة والباقي لبنات الاخوة ، لبنت الاخ من الام السدس والباقي لبنت الاخ من الابوين ، وتصح المسئلة من ثلاثين فان لم يكن بنات اخوة من أبوين ولا من [أب] فالباقي لبنت العم من الابوين

(فصل) خالة وابن عمة للخالة الثلث والباقي لابن العمة وهذا قول الثوري ومن ورث البعيد مع القريب ، وفي قول أكثر المنزلين وأهل القرابة المال للخالة لأنها أقرب ، وكذلك ان كان مكان

كل واحدة منهن فهو لولدها بالسوية عند من سوى وعند من فضل جعله بينهم على حسب ميراثهم واختلف أصحاب أبي حنيفة فذهب أبو يوسف الى قسم المال على عددهم دون مراعاة أمهاتهم اذا استووا ممن يدلون به من الآباء والامهات الى بنات الميت للذكر مثل حظ الانثيين كاولاد البنين، وجعل محمد بن الحسن من أدلى بابن ابنا وان كان انثى ومن أدلى ببنت بنتا وان كان ذكرا وجعل المدلى بهم بعدد المدلين ثم قسم بينهم على عددهم فما أصاب ولد الابن قسمه بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وما أصاب ولد الانثى قسمه بينهم كذلك

(مسائل) من ذلك بنت ابن بنت وابن بنت بنت قول من سوى المال بينهما نصفين وقول من فضل ان كانا من ولد بنين فكذلك وان كانا من ولد بنت واحدة فالمال بين ابنها وبنتها للابن ثلثاه ولبنتها ثلثه فما أصاب ابنها فهو لبنته وما أصاب بنتها فهو لابنها فيصير للبنت سهمان وللابن سهم وكذلك قول محمد وقول ابي يوسف للابن سهمان وللبنت سهم كابن الميت وبنته : ابنا بنت بنت وابن ابن بنت قول من سوى لابن ابن البنت النصف والباقي بين الباقين على ثلاثة سواء كانوا من ولد بنت أو من ولد بنين وقول المفضلين ان كانوا من ولد بنتين فلابن ابن البنت النصف والنصف الآخر بين الباقين على خمسة وان كانوا من ولد بنت فلابن ابن البنت الثلثان والثلث الباقي للباقين على خمسة لان المال كان للبنت الاولى فقسم بين ابنها وبنتها أثلاثا للابن سهمان فهما لابنه وللبنت سهم فهو لولدها وقول محمد يقسم بينهم على

الخالة خال: عمة وابن خال معه أخته الثلث بين ابن الخال وأخته بالسوية ان كان أبوهما خالا من ام، وان كان من أب أو من ابوين ففيه روايتان (احداهما) هو بينهما بالسوية أيضا (والثانية) على ثلاثة والباقي للعمة وعند أكثر الفرضيين المال للعمة: بنت عم وابن عمة وبنت خال وابن خالة الثلث بين بنت الخال وابن الخالة بالسوية ان كانا من أم. وان كانا من أبوين أو من أب فهل هو بينهما بالسوية أو على ثلاثة؟ فيه روايتان، وان كان ابن الخالة من أم والخال من أب فلابن الخالة سدس الثلث والباقي لبنت الخال، وإن كانت بنت الخال من أم وابن الخالة من أب فالثلث بينهما على أربعة والباقي لابن العم. وعند أكثر المنزلين المال كله لبنت العم لانها أسبق الى الوارث: خالة وبنت عم ثلث وثلثان وعند أهل القرابة هو للخالة: عمة وبنت عم من نزل العمة أبا جعل المال لها ومن نزلها عما جعل المال بينهما نصفين وكذلك من أمات الـنسب. بنت ابن عم لأب وبنت عمة لابوين المال لبنت ابن العم: ابن خالة من أم وبنت خالة من أب وبنت عم من أم وابن عم من أب الثلث من أربعة والثلثان من اربعة أيضاً وتصح من اثني عشر، وفي القرابة الثلث لبنت الخالة والثلثان لابن العمة وتصح من ثلاثة

(فصل) خال وخالة وابو أم المال لأبي الام. فان كان معهم ابنة عم أو عمة فالثلث لابي الام والباقي لابنة العم اوالعمة وان كان مكان أبي الام أمه فلا شيء لها لان الخالة أسبق الى الوارث والجهة واحدة: خالة وأبو أم المال للخالة لانها بمنزلة لام وهي تسقط أم الام: ابن خال وابن أخ من أم

خمسة لابن الابن سهمان لانه يدلي بابن وللباقين ثلاثة لانهم يدلون بأنثى وقول أبي يوسف يقسم بينهم على سبعة لكل ابن سهمان وللبنت سهم. ابنا بنت بنت وبنتا ابن بنت قول من سوى المال بينهم على أربعة بكل حال قول المفضلين ان كانوا من ولد بنتين فكذلك وان كانوا من ولد واحدة فلابنيها الثلثان بين ابنتيه ولابنتها الثلث بين ابنيها قول أبي يوسف المال بينهم على ستة لكل ذكر سهمان ولكل أنثى سهم قول محمد لكل ذكر سهم ولكل انثى سهمان. ابنا وابنتا ابن أخت وثلاثة بني وثلاث بنات بنت أخت قول من سوى النصف بين الاولين على أربعة والنصف الثاني بين الآخرين على ستة وتصح من أربعة وعشرين. قول من فضل ان كانوا من ولد واحدة فللاولين الثلثان سهم على ستة وللآخرين الثلث سهم على تسعة وتصح من أربعة وخمسين، وان كانوا من ولد ابنتين صحت من ستة وثلاثين، قول أبي يوسف للذكر مثل حظ الانثيين وتصح من خمسة عشر وقول محمد ولد ابن الاخت بمنزلة أربعة ذكور وولد بنت الاخت كست اناث فيقسم المال بينهم على أربعة عشر فلولد ابن الاخت منها ثمانية أسهم بينهم على ستة وللآخرين ستة بينهم على تسعة وتصح من اثنين وأربعين وترجع بالاختصار الى أحد وعشرين: ابنتا أخ وابن وابنة أخت لابنتي الاخ الثلثان في قول المنزلين جميعهم وقول محمد والثلث لولدي الاخت بينهما بالسوية عند من سوى ومن فضل جعله بينهما أثلاثاً وهو قول محمد وقال أبو يوسف لابن الاخت سهمان ولكل واحد من الباقين سهم وتصح من خمسة

المال بينهما على ثلاثة كأنهما أم وأخ من أم وعند المنزلين هو لابن الاخ ، فان كان معهما ابن أخت من أب فالمال بينهم على خمسة لابن الاخت ثلاثة أخماسه ولكل واحد منهما الخمس وان كان معهم بنت أخ من أبوين فلها النصف ولكل واحد من الباقين السدس وعند المنزلين لا شيء لابن الخال والمال بين الباقين على خمسة بنخال وابن ابن أخت لأم المال بينهما على ثلاثة وعند المنزلين هو للخال. بنت بنت أخت لأبوين وابن ابن أخ لأم وبنت ابن أخ لاب وبنت خالة لهذه السدس والباقي لبنت ابن الاخ وعند المنزلين المال كله

(فصل) عمة وابنة أخ المال للعمة عند من نزلها أبا ولابن الاخ عند من نزلها عما وبينهما عند من نزلها جداً: بنت عم وبنت عمة وبنت أخ من أم وبنت أخ من أب لبنت الاخ من الام السدس والباقي لبنت الاخ من الاب فان لم يكن بنت أخ من أب فالباقي لبنت العم، ويجيء على قول من نزل البعيد حتى يلحقه بوارثه وجعل الابوة جهة والاخوة جهة أن يسقط أولاد الاخوة ، فان جعل الابوة جهة والعمومة جهة أخرى أسقط بنت العم بنت العمة وقيل ان هذا قول ابن سالم وهو بعيد: بنت عم وبنت خال وبنت أخ من أب: لبنت الخال الثلث والباقي لبنت الاخ وعند أكثر المنزلين الكل لبنت الاخ: ثلاث بنات أخوات مفترقات وثلاث بنات عمات مفترقات السدس الباقي بين بنات

(فصل) بنت بنت وبنت بنت ابن هي من أربعة عند المنزلين جميعهم وعند أهل القرابة أيضاً هو لبنت البنت لأنها أقرب فان كان معها بنتا بنت ابن أخرى فكأنهم بنتا ابن وبنت فمسئلتهم من ثمانية وتصح ستة عشر : ابن بنت ابن وبنت ابن بنت المال للابن لأنه أقرب الى الوارث وهذا قول عامة من ورثهم الا ما حكي عن ابن سالم أنه ينزل البعيد حتى يلحق بوارثه فيكون المال بينهما على أربعة للبنت ثلاثة وللابن سهم كبنت وبنت ابن بنت بنت ابن وبنت بنت ابن ابن وبنتا بنت ابن ابن آخر للاولى ثلاثة أرباع المال والربع الباقي بين الباقيات على أربعة فتضربها في اصل المسئلة تكن من ستة عشر: ابن وبنت بنت وثلاث بنات بنت وابنا بنت ابن لا شيء لهذين في قول الجميع لان أمهما تسقط باستكمال البنات الثلثين ويكون النصف بين الابن وأخته على اثنين والنصف الآخر على ثلاث، وتصح من اثنى عشر عند من سوى ومن فضل جعلها بينهم على ستة وهو قول أهل القرابة ايضاً. بنت بنت بنت وبنت ابن بنت اخرى وبنت بنت ابن ابن المال لهذه الا في قول اهل القرابة فانه للاولين، وقول من امات السبب ورث البعيد مع القريب المال بين بنت ابن بنت وبنت بنت ابن ابن على اربعة وتسقط الاخرى لان هذه وارثة الابن في اول درجة: بنت بنت وبنت بنت بنت اخرى وبنت بنت ابن المال بين الاولى والاخيرة على اربعة عند المنزلين وقال اهل القرابة هو للاولى قول ابن سالم هو للاولين وتسقط الثالثة

﴿ مسئلة ﴾ (واذا كان ابن وبنت اخت وبنت اخت اخرى فلبنت الاخت وحدها النصف وللاخرى واخيها النصف بينهما)

العمات على خمسة وتصح من ثلاثين فان كان معهم خال أو خالة او أحد من أولادهما فله السدس ولا شيء لولد العمات إلا على قول ابن سالم وأصحابه فانه يورثهم ويسقط ولد الاخوات ، ويقتضيه قول أبي الخطاب : خالة وعمة وثلاث بنات ثلاث أخوات متفرقات للخالة السدس والباقي للعمة ومن نزلها عما فلبنتي الاخت من الابوين النصف وابنتي الاخت من الاب السدس ولبنتي الاخت من الام السدس فان كن بنات ستة أخوات متفرقات عالت على هذا إلى سبعة

(فصل في عمات الابوين وأخوالها وخالاتهما) مذهبنا ماتقدم من تقديم الأسبق إلى الوارث إن كانا من جهة واحدة وتنزيل البعيد حتى يلحق بوارثه إن كانا من جهتين ثم يجعل لمن يدلي به ما كان له وأكثر المنزلين يعطون الميراث للأسبق بكل حال. والمشهور عن أهل العراق ان نصيب الام بين خالها وخالتها وعمها وعمتها على ثلاثة ونصيب الاب بين عماته وخالاته كذلك. ومن مسائل ذلك ثلاث خالات أم مفترقات وثلاثة أعمام أم مفترقين وثلاث خالات أب مفترقات لخالات الام بمنزلة أم الام وخالات الاب بمنزلة أم الاب فيكون المال بين هاتين الجدتين نصفين ونصيب كل واحدة منهما بين أخواتها على خمسة وتسقط عمات الام لانهن بمنزلة أب الام وهو غير وارث ، فان كان معهم عمات أب فلخالات الاب والام السدس بينهما والباقي لعمات الاب لأنهن بمنزلة الجد : عمة أب وعمة أم لعمة الام الثلث والباقي لعمة الاب ، هذا قياس المذهب وهو قول أهل العراق ، وقال القاضي المال لعمة الاب لانها أسبق

لا خلاف بين المنزلين في ان لولد كل اخت ميراثها وهو النصف فمن سوى جعل النصف بين الاخت واخته نصفين والنصف الآخر لبنت الاخرى وتصح من أربعة ، ومن فضل جعل النصف بينهما على ثلاثة وتصح من ستة وقال أبو يوسف للابن النصف ولكل بنت الربع وتصح من أربعة وقال محمد لولد الاخت الاولى الثلثان بينهما على ثلاثة وللاخرى الثلث وتصح من تسعة واذا انفرد ولد كل أخ أو أخت فالعمل فيه على ما ذكرنا في أولاد البنات، ومتى كان الاخوات والاخوة من ولد الام فاتفق الجميع على التسوية بين ذكرهم وأنثاهم إلا الثوري ومن أمات السبب : ثلاث بنات أخ وثلاثة بني أخت إن كانا من أم فالمال بينهم على عددهم وان كانا من أب أو من أبوين فلبنات الأخ الثلثان ولبني الاخت الثلث وتصح من تسعة عند المنزلين ومحمد وفي قول أبي يوسف يجعل لبني الأخت الثلثين ولبنات الاخ الثلث : ابن وبنت أخت لابوين وابن أخت لام هي من أربعة عند من فضل وعند من سوى تصح من ثمانية ، قول محمد كأنهما أختان من أبوين واخت من أم وتصح من خمسة عشر فان كان ولد الام أيضاً ابنا وابنة صحت عند جميعهم من ثمانية إلا الثوري فانه يجعل للذكر من ولد الام مثل حظ الانثيين فتصح عنده من اثني عشر وعند محمد هي من ثمانية عشر : ابنا اخت لابوين وابن وابنة أخت لاب وابنا أخت اخرى لاب من ثمانية في قول عامتهم وتصح من اثنين وثلاثين عند من سوى ، وعند من فضل من ثمانية وأربعين ، وقول محمد يسقط ولد الاب ويتفق قوله وقول ابي يوسف في ان المال لابني

لأنها أخت الجد وهو وارث وهذا قول أكثر المنزلين لأنهم يورثون الاسبق بكل حال . خالة أم وعمة اب للخالة السدس والباقي للعمة لأنهما كجدة وجدة وكذلك القول في خالة أب وعمته: خالة أم وخالة أم اب المال للخالة لانهما بمنزلة أم ام وام ام أب : خال اب وعم ام المال للخال لأنه بمنزلة جدة والجدات بمنزلة الامهات: بنت خال أم وبنت عم اب لبنت الخال السدس ولبنت العم ما بقي ومن ورث الأسبق جعل الكل لبنت العم. أبو ابي ام وابو ام اب المال لابي ام الاب فان كان معهما ابو ام ام فهو بينهما نصفين لانهما بمنزلة جدتين متحاذيتين. ابو ام ابي ام وابو ابي ام ام المال لهذا لانه اسبق فان كان معهما ابو ام ابي اب فالمال له لانه بأول درجة يلقى الوارث. أب أم أبي أم لام أبي الام الثلث والباقي للاب فان كان معهما أبو ام ام فالمال له لانه يدلي بوارث فان كان معهم أبو ام اب فالمال بين هذا والذي قبله نصفين

(فصل) واذا كان لذي الرحم قرابتان ورث بهما باجماع من المورثين لهم إلا شيئاً يحكى عن أبي يوسف أنهم لا يرثون إلا بقرابة واحدة وليس بصحيح عنه ولا صحيح في نفسه لانه شخص له جهتان لا يرجح بهما فورث بهما كالزوج اذا كان ابن عم وابن العم اذا كان أخا من أم ، وحساب ذلك أن تجعل ذا القرابتين كشخص فتقول في ابن بنت بنت هو ابن ابن بنت أخرى وبنت بنت بنت أخرى للابن الثلثان وللبنت الثلث فان كانت أمهما واحدة فله ثلاثة أرباع المال عند من سوى ولأخته الربع ومن

الاخت من الابوين: ابن اخت لابوين وابن وابنة اخت لام وابنا وابنتا أخت أخرى لام قول المنزلين من عشرين الثوري من ثلاثين محمد من ستين

(فصل) ثلاث بنات ثلاث أخوات مفترقات مذهب احمد وسائر المنزلين ان المال يقسم بين الاخوات على قدر سهامهن فما اصاب كل اخت فهو لولدها والمال في هذه المسألة بين الاخوات على على خمسة فيكون بين اولادهن كذلك، والحكم في ثلاث بنات عمات مفترقات كذلك لانهن أخوات الاب فميراثه بينهن على خمسة، وكذلك ثلاث خالات مفترقات لانهن اخوات الام وقدم أهل القرابة من كان لاب وأم من جميعهم ثم من كان لاب ثم من كان لام إلا محمد بن الحسن فانه قسم ميراث اولاد الاخوات على أعدادهم واقامهم مقام أمهاتهم كأنهم أخوات

(مسائل) من ذلك ست بنات ثلاث اخوات مفترقات المال بين الاخوات على خمسة فما أصاب كل واحدة فهو لبنيها وتصح من عشرة وعند ابي يوسف المال كله لولد الابوين وعند محمد لهما الثلثان ولولد الام الثلث وتصح من ستة : ست بنات ست اخوات مفترقات لبنتي الاختين من الابوين الثلثان ولولد الام الثلث وتصح من ستة هذا قول محمد. ابن أخت لابوين وابن وابنة اخت لاب وابنا وابنتا اخت اخرى لاب وثلاثة بني وثلاث بنات اخت لام هي من مائة وعشرين عند من سوى ومن ستين عند من فضل ومن أربعة وخمسين عند محمد، فان كان معهم اربعة بني واربع بنات اخت اخرى لام

فضل جعل له النصف والثلث ولاخته السدس وهذا قول أكثر المنزلين وقول أبي حنيفة ومحمد وقياس قول أبي يوسف له أربعة أخماس المال ولاخته الخمس: بنتا أخت من أم احداهما بنت أخ من أب وبنت أخت من أبوين هي من اثني عشر ستة لبنت الاخت من الابوين وأربعة لذات القرابتين من جهة ابيها ولها سهم من جهة أمها وللاخرى سهم: عمتان من أب احداهما خالة من أم وخالة من أبوين هي من اثنى عشر أيضا لذات القرابتين خمسة وللعمة الاخرى أربعة وللخالة من الابوين ثلاثة فان كان معهما عم من أم هو خال من أب صحت من تسعين: ابن وبنت ابن عمة من أم البنت هي بنت عم من أم والعم هو خال من أب: ابن وبنت ابن خال من أب الابن هو ابن بنت خال آخر من أب والخالان عمان من أم هي من ثمانية عشر

(مسائل شتى) يعني متفرقة فانها مسائل من أبواب متفرقة يقال شتى وشتان وقال الله تعالى (تحسبهم جميعا وقلوبهم شتى) وقال تعالى (ان سعيكم لشتى) وقال الشاعر:

قد عشت في الناس أطوارا على طرق شتى وقاسيت فيها اللين والفظعا

(مسئلة) قال (والخنثى المشكل يرث نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى فان بال من حيث يبول الرجل فليس بمشكل وحكمه في الميراث وغيره حكم رجل وإن بال من حيث تبول المرأة فله حكم امرأة)

صحت من مائة واربعة واربعين عند المنزلين كلهم، قول محمد كأنهم اخت لابوين وست اخوات لاب واربع عشرة اختاً لام سهم ولد الاب بينهم على تسعة فتصح من ثلثمائة وثمانية وسبعين، فان كان ولد الاخت من الابوين ابناً وبنتاً صحت كذلك عند المنزلين وعند محمد كأنهما اختان لابوين فيسقط ولد الاب وتصح من مائة وستة وعشرين والقول في العمات المفترقات والخالات المفترقات واولادهن كالقول في ولد الاخوات المفترقات

(فصل) فان كن ثلاث بنات ثلاث اخوة مفترقين فلبنت الاخ من الام السدس والباقي لبنت الأخ من الابوين هذا قول جميع المنزلين لان الاخوة المفترقين يسقط ولد الاب منهم ولد الابوين وللاخ للام السدس والباقي كله للاخ للابوين، ثم ما صار لكل اخ فهو لولده وكذلك الحكم في الأخوال المفترقين لانهم إخوة الام

(مسائل) من ذلك ست بنات ستة اخوة مفترقين لولد الام الثلث والباقي لولد الابوين: ست بنات ثلاثة اخوة مفترقين لولد الام السدس والباقي لولد الابوين قول محمد لولد الام الثلث: بنت اخ لابوين وابن اخ لام وبنت اخ آخر لام، ابن وبنت بنت اخ لاب وابنا وابنتا ابن اخ لام وثلاث بني

الخنثى هو الذي له ذكر وفرج امرأة أو ثقب في مكان الفرج يخرج منه البول وينقسم الى مشكل وغير مشكل فالذي يتبين فيه علامات الذكورية أو الانوثية فيعلم أنه رجل أو امرأة فليس بمشكل وانما هو رجل فيه خلقة زائدة أو امرأة فيها خلقة زائدة وحكمه في ارثه وسائر أحكامه حكم ما ظهرت علامانه فيه ويعتبر بمباله في قول من بلغنا قوله من أهل العلم، قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الخنثى يورث من حيث يبول ان بال من حيث يبول الرجل فهو رجل وان بال من حيث تبول المرأة فهو امرأة، وممن روي عنه ذلك علي ومعاوية وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد وأهل الكوفة وسائر أهل العلم.

قال ابن اللبان روى الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس أن النبي ﷺ سئل عن مولود له قبل وذكر من اين يورث ؟ قال من حيث يبول وروي أنه عليه السلام أتي بخنثى من الانصار فقال « ورثوه من أول مايبول منه » ولان خروج البول أعم العلامات لوجودها من الصغير والكبير وسائر العلامات انما يوجد بعد الكبر مثل نبات اللحية وتفلك الثدي وخروج المني والحيض والحبل وان بال منهما جميعاً اعتبرنا أسبقهما نص عليه أحمد وروي ذلك عن سعيد بن المسيب وبه قال الجمهور فان خرجا معاً ولم يسبق أحدهما فقال أحمد في رواية اسحاق بن ابراهيم يرث من المكان الذي ينزل منه أكثر وحكي هذا عن الاوزاعي وصاحبي أبي حنيفة ووقف في ذلك ابو حنيفة ولم يعتبره اصحاب الشافعي رضي الله عنه في احد الوجهين

وثلاث بنات بنت اخ لام تصح من اثنين وسبعين عند المنزلين، فان كان مكان الاخ من اب اخت كانت من ستين فان كان معهم ابن بنت اخت من ابوين عادت إلى اثنين وسبعين

(فصل) بنت اخ لام وبنت ابن اخ لاب للاولى السدس والباقي للثانية عند المنزلين وفي القرابة هي للاولى لانها اقرب إلى الميت. بنت بنت اخ لابوين وبنت ابن اخ لابوين المال لهذه في قول الجميع: بنت ابن اخ لام وبنت بنت اخ لابوين وابن بنت اخ لاب الاولى السدس والباقي للثانية، وقال ابو يوسف الكل للثانية : بنت اخ لام وبنت بنت اخ لاب المال للاولى إلا في قول الثوري وابن سالم وضرار للاولى السدس والباقي للثانية لانهم يورثون البعيد مع القريب، وان كانا من جهة واحدة : ابن وبنت اخت لابوين وبنتا اخ لاب وثلاثة بني اخت لاب وخمس بني اخت لام وعشر بنات اخ لام اصلها من ثمانية عشر وتصح من خمسمائة واربعين في قول المنزلين النصف من ذلك بين ولدي الاخت للابوين بالسوية عند من سوى واثلاثاً عند من فضل ولولد الام الثلث وهو مائة وثمانون لولد الاخ تسعون ولولد الاخت تسعون ولولد الاب تسعون ولولد الاخ ستون ولولد الاخت ثلاثون : ثلاث بنات اخوة مفترقين وثلاث بنات اخوات مفترقات لولدي الام الثلث بينهما بالسوية والباقي لولدي الابوين لبنت الاخ ثلثاه ولبنت الاخت ثلثه وان كان معهم ثلاث بني اخوال مفترقين فلهم السدس لابن الخال من الام سدسه

ولنا انها مزية لاحدى العلامتين فيعتبر بها كالسبق فان استويا فهو حينئذ مشكل فان مات له من يرثه فقال الجمهور يوقف الامر حتى يبلغ فيتبين فيه علامات الرجل من نبات اللحية وخروج المني من ذكره وكونه مني رجل ، أو علامات النساء من الحيض والحبل وتفلك الثديين نص عليه أحمد في رواية الميموني وحكي عن علي والحسن أنهما قالا تعد اضلاعه فان اضلاع المرأة اكثر من اضلاع الرجل بضلع ، قال ابن اللبان فلو صح هذا لما أشكل حاله ولما احتيج الى مراعاة المبال ، وقال جابر بن زيد يوقف الى جنب حائط فان بال عليه فهو رجل وان شلشل بين فخذيه فهو امرأة وليس على هذا تعويل والصحيح ما ذكرناه إن شاء الله تعالى وانه يوقف أمره مادام صغيراً فان احتيج الى قسم الميراث اعطى هو ومن معه اليقين ووقف الباقي إلى حين بلوغه فتعمل المسئلة على أنه ذكر ثم على أنه انثى وتدفع الى كل وارث أقل النصيبين وتقف الباقي حتى يبلغ ، فان مات قبل بلوغه أو بلغ مشكلا فلم تظهر فيه علامة ورث نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى نص عليه أحمد وهذا قول ابن عباس والشعبي وابن أبي ليلى وأهل المدينة ومكة والثوري واللؤلؤي وشريك والحسن بن صالح وأبي يوسف ويحيى بن آدم وضرار ابن صرد ونعيم بن حماد وورثه أبو حنيفة بأسوأ حالاته واعطى الباقي لسائر الورثة واعطاه الشافعي ومن معه اليقين ووقف الباقي حتى يتبين الامر أو يصطلحوا ، وبه قال أبو ثور وداود وابن جرير وورثه بعض أهل البصرة على الدعوى فيما بقي بعد اليقين وبعضهم بالدعوى من أصل المال وفيه أقوال شاذة سوى هذه.

وباقيه لابن الخال من الابوين ويبقى النصف لبنت الأخ من الابوين ثلثاه ولبنت الاخت ثلثه وتصح من ستة وثلاثين .

(مسئلة) (وان اختلفت منازلهم من المدلى به جعلته كالميت وقسمت نصيبه بينهم على ذلك كثلاث خالات مفترقات وثلاث عمات مفترقات فالثلث بين الخالات على خمسة والثلثان بين العمات كذلك فاجتز باحداهما واضربها في ثلاثة تكن خمسة عشر للخالة التي من قبل الاب والام ثلاثة اسهم وللخالة التي من قبل الاب سهم وللتي من قبل الام سهم وللعمة التي من قبل الاب والام ستة اسهم وللتي من قبل الاب سهمان وللتي من قبل الام سهمان ، انما كان كذلك لان الخالات بمنزلة الام والعمات بمنزلة الاب فكأن الميت خلف اباه وامه فلامه الثلث والباقي للاب فما صار للام بين اخواتها على خمسة لانهن اخوات لها مفترقات فيقسم نصيبها بينهن بالفرض والرد على خمسة كما يقسم مال الميت بين اخواته المفترقات ، وما صار للاب قسم بين اخواته على خمسة فصار الكسر في الموضعين على خمسة واحداهما تجزيء عن الاخرى لانهما عددان متماثلان ، فتضرب احداهما في اصل المسئلة وهي ثلاثة تكن خمسة عشر ، فللخالات سهم في خمسة مقسومة بينهن كما ذكر وللعمات سهمان في خمسة مقسومة بينهن على خمسة كما ذكر وهذا قول عامة المنزلين وعند اهل القرابة للعمة من الابوين الثلثان وللخالة من الابوين

ولنا قول ابن عباس ولم نعرف له في الصحابة منكرا ولان حالتيه تساوتا فوجبت التسوية بين حكيهما كالو تداعى نفسان دارا بايديهما ولا بينة لهما، وليس توريثه باسوأ احواله بأولى من توريث من معه بذلك فتخصيصه بهذا تحكم لا دليل عليه ولا سبيل إلى الوقف لانه لا غاية له تنتظر وفيه تضييع المال مع يقين استحقاقهم له

(فصل) واختلف من ورثه نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى في كيفية توريثهم فذهب أكثرهم الى ان يجعلوا مرة ذكورا ومرة إناثا وتعمل المسئلة على هذا مرة وعلى هذا مرة ثم تضرب احداهما في الاخرى ان تباينتا أو في وفقها ان اتفقتا وتجتزىء باحداهما ان تماثلتا أو باكثرهما ان تناسبتا فتضربهما في اثنين ثم تجمع ما لكل واحد منهما ان تماثلتا وتضرب ما لكل واحد منهما في الاخرى ان تباينتا أو في وفقها ان اتفقتا فتدفعه اليه ويسمى هذا مذهب المنزلين وهو اختيار أصحابنا وذهب الثوري واللؤلؤي في الولد اذا كان فيهم خنثى إلى أن يجعل للانثى سهمين وللخنثى ثلاثة وللذكر اربعة وذلك لانا نجعل للانثى أقل عدد له نصف وهو اثنان وللذكر ضعف ذلك أربعة وللخنثى نصفهما وهو ثلاثة فيكون معه نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهذا قول لا بأس به وهذا القول يوافق الذي قبله في بعض المواضع ويخالفه في بعضها وبيان اختلافهما انا لو قدرنا ابنا وبنتا وولدا خنثى لكانت المسئلة على هذا القول من تسعة للخنثى الثلث وهو ثلاثة وعلى القول الأول

الثلث وسقط سائرهن، وقال نعيم واسحاق الخالات كلهن سواء فيكون لصيبهن بينهن على ثلاثة وكذلك نصيب العمات بينهن على ثلاثة يتساوين فيه فتكون هذه المسئلة من تسعة، فان كان مع الخالات خال من ام ومع العمات عم من ام قسم كل واحد من الفريقين بينهم على ستة وتصح من ثمانية عشر عند المنزلين

(مسئلة) (فان خلف ثلاثة اخوال مفترقين فللخال من الام السدس والباقي للخال من الابوين)

كما لو خلف ثلاثة اخوة مفترقين ويسقط الخال من الاب كما يسقط الأخ من الاب في الاخوة المفترقين بالاخ من الابوين، وكذلك ثلاثة أخوال مفترقين مع ثلاث خالات مفترقات كثلاث بنات اخوة مفترقين مع ثلاث بنات أخوات مفترقات كما ذكر

(مسئلة) (فان كان معهم أبو أم أسقطهم) كما يسقط الاب الاخوة وأولادهم

(فصل) ثلاثة أخوال مفترقين معهم اخواتهم وعم وعمة من أم الثلث بين الاخوال والخالات على ستة للخال والخالة من الام الثلث بينهما بالسوية وثلثاه للخال والخالة من الابوين بينهما على ثلاثة عند من فضل وهو قول أكثر المنزلين واحدى الروايتين عن احمد وذكرها الخرقي في الخال والخالة خاصة والرواية الاخرى هو بينهما على السوية، والثلثان بين العم والعمة بالسوية: ثلاث عمات وثلاث بنات عم، وثلاث خالات، وثلاثة بني خال، الميراث للعمات والخالات وسقط الباقون ويكون للخالات الثلث والباقي للعمات، فان كان معهم ثلاث بنات اخوة فللخالات السدس والباقي للعمات لانهن بمنزلة الاب

مسألة الذكورية من خمسة والانوثية من أربعة تضرب إحداهما في الاخرى تكن عشرين ثم في اثنين تكن أربعين البنت سهم في خمسة وسهم في أربعة يكن لها تسعة ، والذكر ثمانية عشر والخنثى سهم في خمسة وسهمان في أربعة يكن له ثلاثة عشر وهي دون ثلث الاربعين، وقول من ورثه بالدعوى فيابقي بعد اليقين يوافق قول المنزلين في أكثر المواضع فانه يقول في هذه المسألة للذكر الخمسان بيقين وهي ستة عشر من أربعين وهو يدعي النصف من عشرين وللبنت الخمس بيقين وهي تدعي الربع والخنثى الربع بيقين وهو يدعي الخمسين ستة عشر ، والمختلف فيه ستة أسهم يدعيها الخنثى كلها فتعطيه نصفها ثلاثة مع العشرة التي معه صارت له ثلاثة عشر، والابن يدعي أربعة فتعطيه نصفها سهمين صار له ثمانية عشر والبنت تدعي سهمين فتدفع اليها سهما صار لها تسعة ، وقد ورثه قوم بالدعوى من أصل المال فعلى قولهم يكون الميراث في هذه المسألة من ثلاثة وعشرين لان المدعى ههنا نصف وربع وخمسان ومخرجها عشرون يعطى الابن النصف عشرة والبنت خمسة والخنثى ثمانية تكن ثلاثة وعشرين ، فان لم يكن في المسئلة بنت ففي قول الثوري هي من سبعة وكذلك قول من ورثهما بالدعوى من أصل المال وفي التنزيل من اثني عشر للابن سبعة والخنثى خمسة وهو قول من ورثه بالدعوى فيما عدا اليقين وان كانت بنت وولد خنثى ولا عصبة معهما فهي من خمسة في قول الثوري ومن اثني عشر في التنزيل وان كان معهما عصبة فهي من ستة الخنثى ثلاثة والبنت سهمان والعصبة سهم في الاقوال الثلاثة ، فان

فيسقط منهن بنات الاخوة لأنهن بمنزلة الاخوة ويحتمل أن يجعل أولاد الاخوة والاخوات من جهة الابوة فيقدم ولد الابوين وولد الاب على العمات لانهن أولاد بنيه والعمات أخواته ،ووجه هذا الاحتمال أننا اذا جعلنا الاخوة جهة والابوة جهة أخرى مع ما تقرر من أصلنا أن البعيد والقريب اذا كانا من جهتين نزل البعيد حتى يلحق بوارثه سواء سقط به القريب أو لا لزم منه سقوط بنات الاخوة ببنات العم من الام لانهن من جهة الاب ويلزم من هذا أن يسقطن ببنات العمات وبنات الاعمام كلهم ، فاما ان كان مكان العمات والخالات بناتهن فللخالات السدس بين بناتهن على خمسة والباقي لبنات الاخوة لبنت الاخ من الام السدس والباقي لبنت الاخ من الابوين، وتصح المسألة من ثلاثين فان لم يكن بنات اخوة من أبوين ولا من أب فالباقي لبنت العم من الابوين .

(فصل) خالة وابن عمة للخالة الثلث والباقي لابن عمته ، وهذا قول الثوري ومن ورث البعيد مع القريب، وفي قول أكثر المنزلين وأهل القرابة : المال للخالة لأنها أقرب وكذلك ان كان مكان الخالة خال. عمة وابن خال معه أخته الثلث بين ابن الخال وأخته بالسوية إن كان أبوهما خالا من أم وإن كان من أب أو من أبوين ففيه روايتان (أحداهما) هو بينهما بالسوية أيضاً (والثانية) على ثلاثة والباقي للعمة وعند أكثر الفرضيين المال للعمة : بنت عم وابن عمة وبنت خال وابن خالة الثلث بين بنت الخال وابن الخالة بالسوية إن كانا من أم وان كانا من أبوين أو من أب فهل هو بالسوية أو على ثلاثة ؟

كان معهما أم وعصبة فهي في التنزيل من ستة وثلاثين للأم ستة والخنثى ستة عشر والبنت أحد عشر والعصبة ثلاثة ، وقياس قول الثوري أن يكون الخنثى والبنت ثلاثة أرباع المال بينهما على خمسة [1] والام السدس ويبقى نصف السدس العصبة وتصح من مئتين [2] وان كان ولد خنثى وعصبة فالخنثى ثلاثة أرباع المال والباقي العصبة إلا في قول من ورثهما بالدعوى من أصل المال فانه يجعل المال بينهما أثلاثا لان الخنثى تدعي المال كله ، والعصبة تدعي نصفه فتضيف النصف إلى الكل فيكون ثلاثة أنصاف لكل نصف ثلث : بنت وولد ابن خنثى وعم هي في التنزيل من اثنى عشر ، وترجع بالاختصار إلى ستة البنت النصف والخنثى الثلث والعم السدس

(١) في نسخة ثلاثة
(٢) في نسخة من اثني عشر

(فصل) وان كان الخنثى يرث في حال دون حال كزوج وأخت وولد اب خنثى فمقتضى قول الثوري أن يجعل للخنثى نصف ما يرثه في حال إرثه وهو نصف سهم فتضمه إلى سهام الباقين وهي ستة ثم تبسطها أنصافا ليزول الكسر فتصير ثلاثة عشر له منها سهم والباقي بين الزوج والاخت نصفين ، وقد عمل ابو الخطاب هذه المسئلة على هذا في كتاب الهداية ، وأما في التنزيل فتصح من ثمانية وعشرين للخنثى سهمان وهي نصف سبع ولكل واحد من الآخرين ثلاثة عشر ، وان كان زوج وأم وأخوان من أم وولد أب خنثى فله في حال الانوثية ثلاثة من تسعة فاجعل له نصفها مضموما الى سهام باقي المسئلة ثم ابسطها تكن خمسة عشر له منها ثلاثة وهي الخمس وفي التنزيل له ستة من ستة

فيه روايتان . وإن كان ابن الخالة من أم والخال من أب فلابن الخالة سدس الثلث والباقي لبنت الخال وإن كانت بنت الخال من أم وابن الخالة من أب فالثلث بينهما على أربعة والباقي لابن العمة وعند أكثر المنزلين المال كله لبنت العم لانه اسبق إلى الوارث: خالة وبنت عم ثلث وثلثان وعند أهل القرابة هو للخالة: عمة وبنت عم من نزل العمة ابا جعل المال لها ومن نزلها عماً جعله بينهما نصفين وكذلك من امات السبب : بنت ابن عم لاب وبنت عمة لابوين المال لبنت ابن العم. ابن خال من أم وبنت خالة من أب وبنت عم من ام وابن عمة من أب الثلث من اربعة والثلثان من اربعة ايضا وتصح من اثنى عشر وفي القرابة الثلث لبنت الخالة والثلثان لابن العمة وتصح من ثلاثة

(فصل) خالة وخال وابو ام المال لابي الام فان كان معهم ابنة عم أو عمة فالثلث لابي الام والباقي لابنة العم او العمة فان كان مكان ابي الام امه فلا شيء لها لان الخالة اسبق الى الوارث والجهة واحدة : خالة وأبو أم أم ، المال للخالة ، لانها بمنزلة الام وهي تسقط أم الام : ابن خال وابن أخ من أم ، المال بينهما على ثلاثة كأنهما أم وأخ من أم وعند المنزلين هو لابن الاخ فان كان معهما ابن أخت من أب فالمال بينهم على خمسة لابن الاخت ثلاثة أخماسه ولكل واحد منهما الخمس ، فان كان معهم بنت أخ من أبوين فلها النصف ولكل واحد من الباقين السدس . وعند المنزلين لا شيء لابن الخال، والمال بين الباقين على خمسة : خال ، وابن ابن أخت لام ، المال بينهما على ثلاثة ، وعند المنزلين هو للخال

وثلاثين وهي السدس ، وان كانت بنت وبنت ابن وولد أخ خنثى وعم فهي من ستة للبنت النصف ولبنت الابن السدس والخنثى السدس والعم ما بقي على القولين جميعا

(فصل) وان خلف خنثيين فصاعداً نزلتهم بعدد أحوالهم في أحد الوجهين فتجعل للاثنين أربعة أحوال وللثلاثة ثمانية وللاربعة ستة عشر وللخمسة اثنين وثلاثين حالا ثم تجمع مالهم في الاحوال كلها فتقسمه على عدد أحوالهم فما خرج بالقسم فهو لهم ان كانوا من جهة واحدة وان كانوا من جهات جمعت ما لكل واحد منهم في الاحوال وقسمته على عدد الاحوال كلها فالخارج بالقسم هو نصيبه وهذا قول ابن أبي ليلى وضرار ويحيى بن آدم ، وقول محمد بن الحسن على قياس قول الشعبي (والوجه الآخر) أنهم ينزلون حالين مرة ذكوراً ومرة اناثا كما يصنع في الواحد وهذا قول أبي يوسف والاول أصح لانه يعطي كل واحد بحسب ما فيه من الاحتمال فيعدل بينهم ، وفي الوجه الآخر يعطي بعض الاحتمالات دون بعض وهذا تحكم لا دليل عليه ، وبيان هذا في ولد خنثى وولد أخ خنثى وعم إن كانا ذكرين فالمال للولد ، وإن كانا أنثيين فللولد النصف والباقي للعم فهي من أربعة عند من نزلهم حالين للولد ثلاثة أرباع المال وللعم ربعه ومن نزلهم أحوالا زاد حالين آخرين وهو أن يكون الولد وحده ذكراً وأن يكون ولد الاخ وحده ذكراً فيكون المسألة من ثمانية للولد المال في حالين والنصف في حالين فله ربع ذلك وهو ثلاثة أرباع المال ولولد الاخ نصف المال في حال فله ربعه وهو الثمن وللعم

بنت بنت أخت لابوين ، وابن ابن أخ لام ، وبنت ابن أخ لاب وبنت خالة ، لهذه السدس ، والباقي لبنت ابن الاخ . وعند المنزلين المال كله لها

(فصل) عمة وابنة أخ ، المال للعمة عند من نزلها أباً ولابنة الاخ عند من نزلها عما ، وبينهما عند من نزلها جداً . بنت عم وبنت عمة وبنت أخ من أم وبنت أخ من أب ، لبنت الاخ من الام السدس ، والباقي لبنت الاخ من الاب ، فان لم يكن بنت أخ من أب فالباقي لبنت العم ، ويجيء على قول من نزل البعيد حتى يلحق بوارثه وجعل الابوة جهة والاخوة جهة أن يسقط أولاد الاخوة فان جعل الابوة جهة والعمومة جهة أخرى أسقط بنت العم بنت العمة ، وقيل ان هذا قول ابن سالم وهو بعيد . بنت عم وبنت خال وبنت أخ من أب لبنت الخال الثلث والباقي لبنت الاخ وعند أكثر المنزلين الكل لبنت الاخ . ثلاث بنات أخوات مفترقات وثلاث بنات عمات مفترقات السدس الباقي بين بنات العمات على خمسة وتصح من ثلاثين فان كان معهم خال أو خالة أو واحد من أولادهما فله السدس ولا شيء لولد العمات إلا على قول ابن سالم وأصحابه فانه يورثهم ويسقط ولد الاخوات ويقتضيه قول أبي الخطاب . خالة وعمة وست بنات ثلاث أخوات مفترقات ، للخالة السدس والباقي للعمة ومن نزلها عماً فلبنتي الاخت من الابوين النصف ولبنتي الاخت من الاب السدس ولبنتي الاخت من الام السدس فان كن بنات ست أخوات مفترقات عالت على هذا الى سبعة

مثل ذلك وهذا أعدل، ومن قال بالدعوى فيما زاد على اليقين قال الاخ النصف يقينا والنصف الآخر يتداعونه فيكون بينهم أثلاثا وتصح من ستة ،وكذلك الحكم في أخ خنثى وولد أخ وفي كل عصبتين يحجب أحدهما الآخر ولا يرث المحجوب شيئا اذا كان أنثى،ولو خلف بنتا وولدا خنثى وولد ابن خنثى وعصبة فمن نزلها حالين جعلها من ستة الولد الخنثى ثلاثة والبنت سهمان والباقي للعم ، ومن نزلها أربعة أحوال جعلها من اثنى عشر وجعل لولد الابن نصف السدس وللعم سدسه وهذا أعدل الطريقين لما في الطريق الآخر من اسقاط ولد الابن مع أن احتمال توريثه كاحتمال توريث العم وهكذا تصنع في الثلاثة وما كان أكثر منها،ويكفي هذا القدر من هذا الباب فانه نادر قل مايحتاج اليه واجتماع خنثيين وأكثر نادر النادر ولم يسمع بوجوده فلا حاجة إلى التطويل فيه

(فصل) وقد وجدنا في عصرنا شيئا شبيها بهذا لم يذكره الفرضيون ولم يسمعوا به فانا وجدنا شخصين ليس لهما في قبلهما مخرج لاذكر ولا فرج أما أحدهما فذكر وانه ليس له في قبله الا لحمة ناتئة كالربوة يرشح البول منها رشحا على الدوام وأرسل الينا يسألنا عن حكمه في الصلاة والتحرز من النجاسة في هذه السنة وهي سنة عشر وستمائة ، والثاني شخص ليس له الا مخرج واحد فيما بين المخرجين منه يتغوط ومنه يبول . وسألت من أخبرني عنه عن زيه فأخبرني أنه انما يلبس لباس النساء ويخالطهن ويغزل معهن ويعد نفسه امرأة . وحدثت أن في بعض بلاد العجم شخصاً ليس له مخرج أصلا لاقبل

﴿ مسئلة ﴾ (وإن خلف ثلاث بنات عمومة مفترقين فالمال لبنت العم من الابوين وحدها)

أكثر أهل التنزيل على هذا وهو قول أهل القرابة، وقال الثوري المال بين بنت العم من الابوين وبنت العم من الام على أربعة وقال أبو عبيد لبنت العم من الام السدس والباقي لبنت العم من الابوين كبنات الاخوة . قال شيخنا ولا يصح شيء من هذا لانهن بمنزلة آبائهن، ولو كان آباؤهن أحياء لكان المال للعم من الابوين، وفارق بنات الاخوة لان آباءهن يكون المال بينهم على ستة ويرث الاخ من الام مع الاخ من الابوين بخلاف العمومة، وقيل على قياس قول محمد بن سالم المال لبنت العم من الام لانها بعد درجتين بمنزلة الاب فيسقط به العم . قال الخبري وليس بشي ، وقد ذكر أبو الخطاب قولا من رأيه يفضي إلى هذا فانه ذكر أن الابوة جهة والعمومة جهة أخرى ، وأن البعيد والقريب من ذوي الارحام إذا كانا من جهتين نزل البعيد حتى يلحق بوارثه سواء سقط به القريب أو لا، فيلزم على هذا أن تنزل بنت العم من الام حتى تلحق بالاب فيسقط بها بنتا العمين الآخرين . وأظن أبا الخطاب لو علم افضاء هذا القول إلى هذا لم يذهب اليه لما فيه من مخالفة الاجماع ومقتضى الدليل واسقاط القوي بالضعيف والقريب بالبعيد .قال شيخنا ولا يختلف المذهب أن الحكم في هذه المسئلة على ماذكرنا أولا

(ومن مسائل ذلك) بنت عم لابوين وبنت عم لأب، المال للاولى. بنت عم لاب وبنت عم لام كذلك

ولا دبر وانما يتقايأ ما يأكله وما يشربه فهذا وما أشبهه في معنى الخنثى إلا أنه لا يمكن اعتباره بمباله، فان لم يكن له علامة أخرى فهو مشكل ينبغي أن يثبت له حكم الخنثى المشكل في ميراثه وأحكامه كلها والله تعالى أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وابن الملاعنة ترثه أمه وعصبتها فان خلف أما وخالا فلأمه الثلث وما بقي فللخال)

وجملته أن الرجل اذا لاعن امرأته ونفى ولدها وفرق الحاكم بينهما انتفى ولدها عنه وانقطع تعصيبه من جهة الملاعن فلم يرثه هو ولا أحد من عصباته وترث أمه وذوو الفروض منه فروضهم وينقطع التوارث بين الزوجين، لا نعلم بين أهل العلم في هذه الجملة خلافا، وأما إن مات أحدهم قبل تمام اللعان من الزوجين ورثه الآخران في قول الجمهور، وقال الشافعي رضي الله عنه اذا كمل الزوج لعانه لم يتوارثا وقال مالك إن مات الزوج بعد لعانه فان لاعنت المرأة لم ترث ولم تحد، وإن لم تلاعن ورثت وحدت وان ماتت هي بعد لعان الزوج ورثها في قول جميعهم إلا الشافعي رضي الله عنه، وإن تم اللعان بينهما فمات أحدهما قبل تفريق الحاكم بينهما ففيه روايتان

(احداهما) لا يتوارثان وهو قول مالك وزفر، وروي نحو ذلك عن الزهري وربيعة والاوزاعي وداود لان اللعان يقتضي التحريم المؤبد فلم يعتبر في حصول الفرقة به التفريق بينهما كالرضاع

بنت عم لاب وبنت ابن عم لابوين كذلك: بنت ابن عم لاب وبنت عم لام المال للاولى عند المنزلين، وللثانية عند أهل القرابة لانها أقرب. بنت عم لام وبنت بنت عم لابوين المال للاولى في قولهم جميعاً. بنت عم وابن عمة المال لبنت العم عند الجمهور. وحكي عن الثوري أن لبنت العم سهمين ولابن العمة سهم. بنت بنت عم وبنت ابن عم. المال لهذه عند الجمهور، وقول ابن سالم هو للاولى. بنت عمة من أبوين وبنت عم من أم، لبنت العم السدس، ولبنت العمة النصف ويرد عليهما الباقي فيكون بينهما على أربعة. ثلاث بنات عمات مفترقات وبنت عم من أم المال بينهن على ستة فان كان معهن بنت عم من ابوين او اب ورثت المال دونهن

﴿ مسئلة ﴾ (فان أدلى جماعة منهم بجماعة قسمت المال بين المدلي بهم كأنهم أحياء فما صار لكل وارث فهو لمن أدلى به)

اذا لم يسبق بعضهم بعضا فان سبق بعضهم بعضا فالسابق الى الوارث أولى كبنت بنت بنت وبنت أخ لام المال لبنت بنت البنت لان جدتها تسقط الاخ من الام، ومن ورث الاقرب جعله لبنت الاخ والقول الاول أولى، وإن كانوا من جهتين نزل البعيد حتى يلحق بوارثه فيأخذ نصيبه سواء سقط

(والرواية الثانية) يتوارثان مالم يفرق الحاكم بينهما وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه لان النبي ﷺ فرق بين المتلاعنين ولو حصل التفريق باللعان لم يحتج إلى تفريقه، وإن فرق الحاكم بينهما قبل تمام اللعان لم تقع الفرقة ولم ينقطع التوارث في قول الجمهور. وقال أبو حنيفة وصاحباه ان فرق بينهما بعد أن تلاعنا ثلاثا وقعت الفرقة وانقطع التوارث لانه وجد منهما معظم اللعان، وإن فرق بينهما قبل ذلك لم تقع الفرقة ولم ينقطع التوارث

ولنا أنه تفريق قبل تمام اللعان فأشبه التفريق قبل الثلاث وهذا خلاف في توارث الزوجين فأما الولد فالصحيح أنه ينتفي عن الملاعن اذا تم اللعان بينهما من غير اعتبار تفريق الحاكم لانا نفاه بنفيه لابقول الحاكم فرقت بينكما فان لم يذكره في اللعان لم ينتف عن الملاعن ولم ينقطع التوارث بينهما

وقال أبوبكر: ينتفي بزوال الفراش وان لم يذكره لان النبي ﷺ نفى الولد عن الملاعن وألحقه بأمه ولم يذكره الرجل في لعانه، ويحقق ذلك ان الولد كان حملا في البطن فقال النبي ﷺ « انظروها فان جاءت به احيمر كأنه وحرة حمش الساقين فلا اراه إلا قد كذب عليها، وان جاءت به جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو الذي رميت به » فأتت به على النعت المكروه

إذا ثبت هذا عدنا الى مسألة الكتاب فنقول: اختلف أهل العلم في ميراث الولد المنفي باللعان فروي عن أحمد فيه روايتان (إحداهما) ان عصبته عصبة أمه. نقلها الاثرم وحنبل يروى ذلك عن

القريب أو لم يسقط اذا كانوا من جهة واحدة كخالة وأم أبي أم الميراث للخالة لانها تلقى الام بأولى درجة، وإن أسقط بعضهم بعضا كأبي الام والاخوال أسقط الاخوال لان الاب يسقط الاخوة والاخوات. ونقل عن أحمد جماعة من أصحابه في خالة وبنت خالة وبنت ابن عم للخالة الثلث ولابنة ابن العم الثلثان ولا تعطي بنت الخالة شيئا

ونقل حنبل عنه أنه قال: قال سفيان قولا حسنا اذا كانت خالة وبنت ابن عم تعطى الخالة الثلث وبنت ابن العم الثلثين وظاهر هذا يدل على ماقلناه وهو قول الثوري ومحمد بن سالم والحسن بن صالح وقال ضرار بن صرد إن كان البعيد اذا نزل أسقط القريب فالقريب أولى وإن لم يكن يسقطه نزل البعيد حتى نلحقه بالوارث، وقال سائر المنزلين الاسبق الى الوارث أولى بكل حال ولم يختلفوا فيما علمت في تقديم الاسبق إذا كانا من جهة واحدة الا نعيما ومحمد بن سالم فانهما قالا في عمة وبنت عمة المال بينهما نصفين.

(فصل) فان انفرد واحد من ذوي الارحام أخذ المال كله في قول جميع من ورثهم فان كانوا جماعة فأدلوا بشخص واحد كخالة وأم أبي أم وابن خال فالمال للخالة لانها تلقى الام بأول درجة وهذا قول عامة المنزلين الا أنه حكي عن النخعي وشريك ويحيى بن آدم في قرابة الام خاصة أنهم أماتوا الام وجعلوا نصيبها لورثتها، ويسمى قولهم قول من أمات السبب واستعمله بعض الفرضيين في جميع ذوي

علي وابن عباس وابن عمر وبه قال الحسن وابن سيرين وجابر بن زيد وعطاء والشعبي والنخعي والحكم وحماد والثوري والحسن بن صالح إلا أن عليا يجعل ذا السهم من ذوي الارحام أحق ممن لا سهم له، وقدم الرد على غيره (والرواية الثانية) ان امه عصبته فان لم تكن فعصبتها عصبته نقله أبو الحارث ومهنا وهذا قول ابن مسعود وروي نحو عن علي ومكحول والشعبي لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي ﷺ جعل ميراث ابن الملاعنة لأمه ولورثتها من بعدها . ورواه أيضا مكحول عن النبي ﷺ مرسلا . وروى واثلة بن الأسقع عن النبي ﷺ قال « تحوز المرأة ثلاثة مواريث: عتيقها ولقيطها وولدها الذي لاعنت عليه »

وعن عبيد الله بن عبيد بن عمير قال كتبت الى صديق لي من أهل المدينة من بني زريق أسأله عن ولد الملاعنة لمن قضى به رسول الله ﷺ فكتب إلي اني سألت فأخبرت انه قضى به لأمه، هي بمنزلة أبيه وأمه . رواهن أبو داود، ولانها قامت مقام أمه وأبيه في انتسابه اليها فقامت مقامهما في حيازة ميراثه، ولان عصبات الام أدلوا بها فلم يرثوا معها كأقارب الاب معه . وكان زيد بن ثابت يورث من ابن الملاعنة كما يورث من غير ابن الملاعنة ولا يجعلها عصبة ابنها ولا عصبتها عصبته فان كانت أمه مولاة لقوم جعل الباقي من ميراثها لمولاها فان لم تكن مولاة جعله لبيت المال، وعن ابن عباس نحوه وبه قال سعيد بن المسيب وعروة وسليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز والزهري وربيعة وأبو الزناد

الارحام فعلى قولهم يكون للخالة نصف ميراث الام لانها أخت، لام أبي الام السدس لأنها جدة والباقي لابن الخال لانه ابن أخ .

ولنا أن الميراث من الميت لا من سببه ولذلك ورثنا أم أم الام دون ابن عم الام بغير خلاف أيضا في أبي أم أم وابن عم أبي أم ان المال للجد لانه أقرب، ولو كانت الام الميتة كان وارثها ابن عم أبيها دون أبي أمها . خالة وأم أبي أم وعم أم المال للخالة وعندهم للخالة النصف وللجدة السدس والباقي للعم، فان لم يكن فيها عم أم فالمال بين الخالة وأم أبي الام على أربعة، فان لم يكن فيها جدة فالمال بين الخالة وعمها نصفين . ابن خالة وابن عم أم المال لابن الخالة وعندهم لابن عم الام

(مسئلة) (والجهات أربع الابوة والامومة والبنوة والاخوة)

قال شيخنا لم أعلم أحداً من أصحابنا ولا من غيرهم عد الجهات وبينها إلا أبا الخطاب فانه عدها خمس جهات الابوة والامومة والبنوة الاخوة والعمومة، وهذا يفضي إلى أن بنت العم من الام وبنت العمة تسقط بنت العم من الابوين . قال شيخنا ولم أعلم أحداً قال به وقد ذكر شيخنا في المغني أنه قياس قول محمد بن سالم لانها تمد درجتين بمنزلة الاب والاب يسقط العم، وكذلك بنت العم من جهة الاب وبنت العم من جهة العم، والصواب إذاً أن تكون الجهات أربعا الابوة والامومة والبنوة والاخوة، إلا أنا إذا جعلنا الاخوة جهة أفضى الى إسقاط بنت الاخ وبنات الاخوات وبنوهن ببنات الاعمام والعمات وهو بعيد أيضاً لان الاخ يسقط

ومالك وأهل المدينة والشافعي وأبو حنيفة وصاحباه وأهل البصرة الا أن أباحنيفة وأهل البصرة جعلوا الرد وذوي الارحام أحق من بيت المال لان الميراث انما ثبت بالنص ولا نص في توريث الام أكثر من الثلث ولا في توريث الاخ من الام أكثر من السدس ولا في توريث أبي الام وأشباهه من عصبات الام ولا قياس أيضاً فلا وجه لاثباته

ووجه قول الخرقي قول النبي ﷺ « الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر » وأولى الرجل به أقارب أمه ، وعن عمر رضي الله عنه انه ألحق ولد الملاعنة بعصبة أمه وعن علي رضي الله عنه انه لما رجم المرأة دعا أولياءها فقال هذا ابنكم ترثونه ولا يرثكم ، وان جنى جناية فعليكم . حكاه الامام أحمد عنه . ولان الام لو كانت عصبة كأبيه لحجبت اخوته ، ولان مولاها مولى أولادها فيجب أن تكون عصبتها عصبته كالاب فاذا خلف ابن الملاعنة أما وخالا فلأمه الثلث بلا خلاف والباقي لخاله لانه عصبة أمه . وعلى الرواية الاخرى هو لها كله وهذا قول علي وابن مسعود وأبي حنيفة وموافقيه إلا ان ابن مسعود يعطيها إياه لكونها عصبة والباقون بالرد، وعند زيد الباقي لبيت المال فان كان معهما مولى أم فلا شيء له عندنا

وقال زيد ومن وافقه وأبو حنيفة الباقي له وان لم يكن لامه عصبة الا مولاها فالباقي له على الرواية التي اختارها الخرقي وعلى الاخرى هو للام وهو قول ابن مسعود لأنها عصبة ابنها فان لم يخلف إلا أمه فلها الثلث بالفرض والباقي بالرد وهو قول علي وسائر من يرى الرد ، وفي الرواية

العم فعلى هذا ينبغي أن تكون الجهات ثلاثة الابوة والامومة والبنوة وهو الذي اختاره شيخنا أخيراً ذكره في كتاب العمدة ، فعلى هذا يرث أسبقهم الى الوارث وهو أولى ان شاء الله تعالى

(مسائل) من هذا بنت بنت بنت وبنت بنت بنت بنت وبنت أخ ، المال بين الاولى والثالثة وسقطت الثانية الا عند محمد بن سالم ونعيم فانها تشاركهما، ومن ورث الاقرب جعله لبنت الاخ لانها أسبق وعند أهل القرابة هو للاولى وحدها لانها من ولد الميت وهي أقرب من الثانية. ابن خال وبنت عم ثلث وثلثان ومن ورث الاسبق جعله لبنت العم فان كان معها بنت عمة فلا شيء لها لان بنت العم أسبق الى الوارث منها وهما من جهة واحدة، وان كان معهم عمة سقطت بنت العم لان العمة بمنزلة الاب وبنت العم بمنزلة العم. بنت بنت بنت وبنت بنت ابن المال للثانية عند الجميع الا ابن سالم ونعيم . بنت بنت بنت وابن أخ لام المال للاولى ، ومن ورث الاقرب جعله لابن الاخ وهو قول ضرار لان البعيد اذا نزل أسقط القريب. بنت بنت وبنت بنت ابن المال بينهما على أربعة عند جميع المنزلين وعند أهل القرابة هو لبنت البنت لانها أقرب. ابن بنت بنت وبنت أخ هو بينهما ومن ورث الاقرب جعله لبنت الاخ وعند أهل القرابة هو لابن بنت البنت. ابن بنت وابن ابن ابن اخت لأبوين المال بينهما وعند من ورث الاقرب وأهل القرابة هو للاول. بنت أخ وبنت عم أو بنت عمة المال لبنت الاخ، وقياس قول أحمد في توريث القريب مع البعيد ان كانا من جهتين أن يكون لبنت العم والعمة لانها من جهة الاب وذلك قول ضرار

الاخرى لها الباقي بالتعصيب وإن كان مع الام عصبة لها فهل يكون الباقي لها أوله؟ على روايتين وان كان لها عصبات فهو لاقربهم منها على رواية الخرقي فاذا كان معها أبوها وأخوها فهو لأبيها وان كان مكان أبيها جدها فهو بين أخيها وجدها نصفين ، وان كان معهم ابنها وهو أخوه لامه فلا شيء لاخيها ويكون لامه الثلث ولاخيه السدس والباقي لاخيه أو ابن اخيه ، وان خلف أمه واخاه وأخته فلكل واحد منهم السدس والباقي لاخيه دون أخته وإن خلف ابن أخته وبنت أخته أو خاله وخالته فالباقي للذكر وإن خلف أخته وابن اخته فللاخت السدس والباقي لابن أخته وعلى الرواية الاخرى الباقي للام في هذه المواضع .

(فصل) ابن ملاعنة مات وترك بنتا وبنت ابن ومولى أمه الباقي لمولى الام في قول الجمهور وقال ابن مسعود الرد أولى من المولى فان كان معهم أم فلها السدس وفي الباقي روايتان (إحداهما) للمولى وهو قول الاكثرين (والثانية) للام وهو قول ابن مسعود، فان لم يكن معهم مولى فالباقي مردود عليهم في إحدى الروايتين والاخرى هو للام، فان كان معهم أخ فلا شيء له بالفرض وله الباقي في رواية والاخرى هو للام: بنت وأخ أو ابن أخ أو خال أو أبو أم أو غيرهم من العصبات للبنت النصف والباقي للعصبة في قول العبادلة ، وإن كان معها أخ وأخت أو ابن أخ وأخته أو خال أو خالة فالباقي للذكر وحده في قولهم . وقال أبو حنيفة وأصحابه المال للبنت بالفرض والرد . وروي عن علي عليه

أيضاً . ابن أخت وابن عم لام الميراث بينهما ومن ورث الاقرب جعله لابن الاخت وهو قول اهل القرابة لانها من ولد ابوي الميت ولان العم للام من ولد ابوي ابويه. بنت عم وبنت عم اب هو للاولى عند الجميع الا ابن سالم ونعيم. بنت بنت بنت وام ابي ام المال بينهما على اربعة. بنت بنت بنت وابو ام اب مثلها عندنا وعند من ورث الاقرب جعله للثاني. بنت بنت بنت ابن وعمة او خالة. للاولى النصف في الاولى ومع الخالة لها ثلاثة ارباع المال وعند من ورث الاقرب الكل للعمة او للخالة

(فصل) في عمات الابوين وأخوالها وخالاتهما ، مذهبنا تقديم الاسبق الى الوارث إن كانا من جهة واحدة وتنزيل البعيد حتى يلحق بوارثه إن كانا من جهتين . ثم يجعل لمن أدلى به ما كان له وأكثر المنزلين يعطون الميراث للاسبق بكل حال، والمشهور عند أهل العراق أن نصيب الام بين خالها وخالتها وعمها وعمتها على ثلاثة ونصيب الاب بين عماته وخالاته كذلك

(ومن مسائل ذلك) ثلاث خالات أم مفترقات وثلاثة أعمام أم مفترقين وثلاث خالات أب مفترقات فخالات الام بمنزلة أم الام وخالات الاب بمنزلة أم الاب فيكون المال بين هاتين الجدتين نصفين ونصيب كل واحدة منهما بين أخواتها على خمسة ويسقط أعمام الام لانهم بمنزلة أبي الام وهو غير وارث فان كان معهم عمات أب فلخالات الاب والام السدس بينهما والباقي لعمات الاب لانهن بمنزلة الجد. عمة أب وعمة ام لعمة الام الثلث والباقي لعمة الاب هذا قياس المذهب وهو قول اهل العراق

السلام أنه جعل ذا السهم أحق ممن لا سهم له ، وأنه ورث من ابن الملاعنة ذوي أرحامه كما لا يرثون من غيره . قال ابن اللبان وليس هذا محفوظا عن علي وانما المشهور عنه قوله لأولياء المرجومة عن ابنها هذا ابنكم ترثونه ولا يرثكم ، وإن جنى جناية فعليكم ، وفسر القاضي قول أحمد إن لم تكن أم فعصبتها عصبته بتقديم الرد على عصبة الام كقوله في أخت وابن أخ المال كله للاخت وهذا تفسير الكلام بضد مايقتضيه وحمل اللفظ على خلاف ظاهره وأنما هذه الرواية كمذهب ابن مسعود ورواية الشعبي عن علي وعبد الله أنهما قالا عصبة ابن الملاعنة أمه ترث ماله أجمع فان لم تكن أم فعصبتها عصبته: امرأة وجدة وأختان وابن أخ للمرأة الربع وللجدة السدس وللاختين الثلث والباقي لابن الاخ في الروايتين جميعا . وقال أبو حنيفة الباقي يرد على الاختين والجدة وهو قول القاضي في الرواية الثانية: ابو ام وبنت وابن أخ وبنت اخ الباقي لابن الاخ وحده ويحتمل أن يكون لاب الام سدس باقي المال وخمسة أسداسه لابن الاخ ، وقال أبو حنيفة المال بين أم الام والبنت على أربعة بالفرض والرد

(فصل) فان لم يترك ابن الملاعنة ذا سهم فالمال لعصبة أمه في قول الجماعة . وقد روي ذلك عن علي ، وقال أبو حنيفة وأصحابه هو بين ذوي الارحام كميراث غيره ورووه عن علي عليه السلام وذلك مثل خال وخالة وابن أخ وأخته المال للذكر ، وفي قول أبي حنيفة هو بينهما في المسئلتين نصفين: خالة لاب وام وخال لاب المال للخال . وقال أبو حنيفة هو للخالة : خالة وبنت بنت المال بينهما

وقال القاضي المال لعمة الاب لانها اسبق لكونها اخت الجد وهو وارث وهذا قول اكثر المنزلين لانهم يورثون الاسبق بكل حال . خالة ام وعمة اب للخالة السدس والباقي للعمة لانها كجد وجدة وكذلك القول في خالة أب وعمته. خالة ام وخالة ام اب المال لخالة الام لانهما بمنزلة ام ام وام ام اب. خال اب وعم ام المال للخال لانه بمنزلة جدة . والجدات بمنزلة الامهات. بنت خال ام وبنت عم اب لبنت الخال السدس ولبنت العم ما بقي ومن ورث الاسبق جعل الكل لبنت العم . ابو ابي ام وابو ام اب المال لابي ام الاب فان كان معهما ابو ام ام فهو بينهما نصفين لانهما بمنزلة جدتين متحاذيتين . ابو ام ابي ام وابو ابي ام ام المال للثاني لانه اسبق فان كان معهما ابو ام ابي اب فالمال له لانه باول درجة يلقى الوارث. أب وأم ابي ام لام ابي الام الثلث والباقي للاب فان كان معهما أبو ام أم فالمال له لانه يدلي بوارث فان كان معهم ابو ام اب فالمال بين هذا والذي قبله نصفين

(مسئلة) (ومن امت بقرابتين ورث بهما باجماع من المورثين) الا شيئاً يحكى عن ابي يوسف انهم لا يرثون الا بقرابة واحدة، ولا يصح عنه ولا هو صحيح في نفسه لانه شخص له جهتان لا يرجح بهما فورثهما كالزوج إذا كان ابن عم وابن العم إذا كان أخاً لأم، وحساب ذلك أن تجعل ذا القرابتين كشخصين فتقول في ابن بنت بنت هو ابن ابن بنت أخرى وبنت بنت بنت أخرى للابن الثلثان وللبنت الثلث فان كانت أمهما واحدة فله ثلاثة أرباع المال عند من سوى ولاخته الربع ومن فضل جعل له النصف

على أربعة ، واذا لم يخلف ابن الملاعنة إلا ذا رحم فحكمهم في ميراثه كحكمهم في ميراث غيره على ماتقدم شرحه

(فصل) واذا قسم ميراث الملاعنة ثم أكذب الملاعن نفسه لحقه الولد ونقضت القسمة وقال ابو حنيفة لايلحق النسب بعد موته إلا أن يكونا توأمين مات أحدهما وأكذب نفسه والآخر باق فيلحقه نسب الباقي والميت معاً وقد مضى الكلام معه في غير هذا الموضع

(فصل) ولو كان المنفي باللعان توأمين ولهما ابن آخر من الزوج لم ينفه فمات أحد التوأمين فميراث توأمه منه كميراث الآخر في قول الجمهور ، وقال مالك يرثه توأمه ميراث ابن لابوين لانه اخوه لابويه بدليل ان الزوج لو أقر بأحدهما لحقه الآخر وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي رضي الله عنه ولنا انهما توأمان لم يثبت لهما أب ينتسبان اليه فأشبها توأمي الزانية ولا خلاف في توأمي الزانية وفارق هذا مااذا استلحق أحدهما لانه يثبت باستلحاقه انه ابوه

(فصل) قولهم ان الام عصبة ولدها او ان عصبتها عصبة انما هو في الميراث خاصة كقولنا في الاخوات مع البنات فعلى هذا لايعقلون عنه ولا تثبت لهم ولاية التزويج ولاغيره وهذا قول الاكثرين وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال لأولياء المرجومة في ولدها هذا ابنكم يرثكم ولا ترثونه ، وان جنى فعليكم ، وروي هذا عن عبد الله وابراهيم

والثلث ولاخته السدس وهذا قول أكثر المنزلين وقول أبي حنيفة ومحمد وقياس قول أبي يوسف له أربعة أخماس ولاخته الخمس . بنتا أخت من أم احداهما بنت أخ من أب و بنت أخت من أبوين هي من اثنى عشر ستة لبنت الاخت من الابوين وأربعة لذات القرابتين من جهة أبيها ولها سهم من جهة أمها وللاخرى سهم . عمتان من أب احداهما خالة من أم وخالة من أبوين هي من اثني عشر أيضاً لذات القرابتين خمسة وللعمة الاخرى أربعة وللخالة من الابوين ثلاثة فان كان معهما عم من أم وهو خال من أب صحت من تسعين . ابن وبنت ابن عمة من أم البنت هي بنت عم من أم والعم هو خال من أب . ابن وبنت ابن خال من أب الابن هو ابن بنت خال آخر من أب والخالان عمان من أم هي من ثمانية عشر

(مسئلة) (فان اتفق معهم أحد الزوجين أعطيته فرضه غير محجوب ولا معاول)

قال شيخنا لا أعلم خلافا عن ورثهم أنهم يرثون مع أحد الزوجين مافضل عن ميراثه من غير حجب ولا معاولة لان الله سبحانه فرض للزوج والزوجة ونص عليهما فلا يحجبان بذوي الارحام وهم غير منصوص عليهم وقسمت المال بينهم كما لو انفردوا

وروي ذلك عن امامنا وبه قال أبو عبيد ومحمد بن الحسن واللؤلؤي وعامة من ورثهم ويحتمل أن يقسم الباقي عن فرض الزوج كما يقسم بين من أدلوا به مع أحد الزوجين على الحاجب والعول فيفرض

ولنا أنهم انما ينتسبون اليه بقرابة الام فلم يعقلوا عنه، ولم يثبت لهم ولاية التزويج كما لو علم أبوه ولا يلزم من التعصيب في الميراث التعصيب في العقل والتزويج بدليل الاخوات مع البنات ، فاما ان أعتق ابن الملاعنة عبداً ثم مات المولى وخلف ام مولاه وأخا مولاه احتمل أن يثبت لهما الارث بالولاء لان التعصيب ثابت ، وحكي ذلك عن أبي يوسف وهل يكون للام أو للاخ؟ على الروايتين ، ويحتمل أن لايثبت لهما ميراث لان النساء لا يرثن من الولاء الا من أعتقن او أعتق من اعتقن وكذلك من يدلي بهن وما ذكرناه للاحتمال الاول يبطل بالاخوات مع البنات وبمن عصبهن أخوهن من الاناث

(فصل) في ميراث ابن ابن الملاعنة اذا خلف أمه وأم أبيه وهي الملاعنة فلأمه الثلث والباقي لها بالرد وهذا قول علي ، وعلى الرواية الاخرى الباقي لام أبيه لانها عصبة أبيه وهذا قول ابن مسعود . ويعايا بها فيقال جدة ورثت مع أم أكبر منها ، وان خلف جدتيه فالمال بينهما بالفرض والرد على قول علي ، وفي قول ابن مسعود السدس بينهما فرضا وباقي المال لام أبيه: أم ام وخال أب لام الام السدس ، وفي الباقي القولان (أحدهما) انه لها بالرد (والثاني) لخال الاب ، وفي قول علي الكل للجدة: خال وعم وخال أب وابو ام أب المال للعم لانه ابو الملاعنة فان لم يكن عم فلابي ام الاب لانه ابوها فان لم يكن فلخال الاب فان لم يكن فالخال لانه ذو رحم: بنت وعم للبنت النصف والباقي للعم ، وفي قول علي الكل للبنت لانه يقدم الرد على توريث عصبة أمه : بنت وأم وخال المال بين البنت والام

الزوج سهمه كاملا من غير حجب ولا عول ثم يقسم الباقي بينهم على قدر سهامهم وهذا قول يحيى بن آدم وضرار: وانما يقع الخلاف في مسئلة فيها من يدلي بذي فرض ومن يدلي بعصبة فأما إن أدلى جميعهم بذي فرض أو عصبة فلا خلاف فيه، فنقول في زوج وبنت بنت وبنت أخت لابوين أو لاب للزوج النصف والباقي بينهما نصفين وتصح من أربعة على القول الاول وعلى الثاني من ستة الزوج ثلاثة ولبنت البنت سهمان ولبنت الاخت سهم زوجة وابنتا ابنتين وابنتا أختين للزوجة الربع ولبنتي البنتين ثلثا الباقي وهو النصف ولبنتي الاختين الباقي وهو الربع وتصح من ثمانية، وعلى قول يحيى وضرار تفرض المسئلة من ثمانية للزوجة الثمن وللبنتين الثلثان وليس لها ثلثان فتضربها في ثلاثة تكن أربعة وعشرين للزوجة الثمن ولبنتي البنتين الثلثان ستة عشر والباقي لبنتي الاختين وهو خمسة، ثم تعطي الزوجة الربع وتقسم الباقي على أحد وعشرين للبنتين ستة عشر ولبنتي الاختين خمسة ، والاحد وعشرون ثلاثة أرباع فكملها بان تزيد عليها ثلثها تكن ثمانية وعشرين للزوجة سبعة وللبنتين ستة عشر يبقى خمسة لا تنقسم على بنتي الاختين فتضربها في اثنين تكن ستة وخمسين ومنها تصح. زوج وبنت بنت وخالة وبنت عم للزوج النصف والباقي بين ذوي الارحام على ستة لبنت البنت ثلاثة وللخالة سهم ويبقى لبنت العم سهمان وتصح من اثني عشر، وفي قول يحيى وضرار تفرض المسئلة من اثني عشر للزوج ثلاثة وللبنت ستة وللام سهمان يبقى للعم سهم ثم يعطى الزوج النصف ويجمع سهام الباقين وهي تسعة لهم النصف فتصح من ثمانية عشر ، فان كان مكان الزوج امرأة فعلى القول الاول للمرأة الربع والباقي بين ذوي

على أربعة بالفرض والرد ولاشيء للخال لانه ليس بعصبة الملاعنة، ولو كان بدل الخال خال أب كان الباقي له لانه عصبة الملاعنة ، فأما ابن ابن ابن الملاعنة فاذا خلف عمه وعم أبيه فالمال لعمه لانه عصبته وهذا ينبغي أن يكون إجماعا ، وقد قال بعض الناس يحتمل أن يكون عم الاب أولى لأنه ابن الملاعنة وهذا غلط بين لان العصبات انما يعتبر أقربهم من الميت لا من آبائه ، وان خلف ثلاث جدات متحاذيات فالسدس بينهن والباقي رد عليهن في احدى الروايتين وهو قول علي . وفي الثانية لام أبي أبيه وهو قول ابن مسعود ، وان خلف أمه وجدته وجدة أبيه فلامه الثلث ولاشيء لجدته، وفي الباقي روايتان (احداهما) يرد على الام (والثانية) لجدة أبيه، وان خلف خاله وخال أبيه وخال جده فالمال لخال جده فان لم يكن فلخاله ولا شيء لخال أبيه، أما ولد بنت الملاعنة فليست الملاعنة عصبة لهم في قول الجميع لان لهم نسبا معروفا من جهة أبيهم وهو زوج بنت الملاعنة ، ولو أعتقت بنت الملاعنة عبداً ثم ماتت ثم مات المولى وخلف أم مولاته ورثت مال المولى لأنها عصبة لبنتها والبنت عصبة لولاها في أحد الوجهين وقد ذكرناها في ابن الملاعنة

(فصل) والحكم في ميراث ولد الزنا في جميع ما ذكرنا كالحكم في ولد الملاعنة على ما ذكرنا من الاقوال والاختلاف الا أن الحسن بن صالح قال : عصبة ولد الزنا سائر المسلمين لان أمه ليست فراشا بخلاف ولد الملاعنة والجمهور على التسوية بينهما لانقطاع نسب كل واحد منهما من أبيه الا أن ولد الملاعنة يلحق الملاعن اذا استلحقه وولد الزنا لا يلحق الزاني في قول الجمهور، وقال الحسن وابن سيرين يلحق الواطيء اذا أقيم عليه الحد ويرثه ، وقال ابراهيم يلحقه اذا جلد الحد أو ملك الموطوءة ، وقال اسحاق يلحقه ، وذكر عن عروة وسليمان بن يسار نحوه وروى علي بن عاصم عن ابي حنيفة أنه قال لا أرى

الارحام على ستة وهي توافق باقي مسئلة الزوجة بالثلث فتردها الى اثنين وتضربها في أربعة تكن ثمانية للمرأة سهمان ولبنت البنت نصف الباقي ثلاثة وللخالة سهم ولابنت العم سهمان ، وعلى قول يحيى تفرضها من أربعة وعشرين لذوي الارحام منها أحد وعشرون ثم تفرض للمرأة الربع من أربعة لها سهم ولهم ثلاثة توافق سهامهم بالثلث فتضرب ثلثها في أربعة تكن ثمانية وعشرين ومنها تصح. امرأة وثلاث بنات ثلاث أخوة مفترقين. امرأة وبنت بنت وثلاث خالات مفترقات وثلاث عمات مفترقات

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يعول من مسائل ذوي الارحام إلا مسئلة واحدة وشبهها)

وهي خالة أو غيرها ممن يقوم مقام الام أو الجدة وست بنات ست اخوات مفترقات أو من يقوم مقامهن ممن يأخذ المال بالفرض فانها من ستة للخالة السدس ولبنتي الاختين من الام الثلث ولبنتي الاختين من الابوين الثلثان أربعة تعول إلى سبعة لان العول الزائد على هذا لا يكون إلا لاحد الزوجين وليس ذلك في ذوي الارحام

بأسا اذا زنا الرجل بالمرأة فحملت منه أن يتزوجها مع حملها ويستر عليها والولد ولد له وأجمعوا على أنه اذا ولد على فراش رجل فادعاه آخر أنه لا يلحقه وانما الخلاف فيما اذا ولد على غير فراش

ولنا قول النبي ﷺ «الولد للفراش وللعاهر الحجر» ولانه لا يلحق به اذا لم يستلحقه فلم يلحق به بحال كما لو كانت أمه فراشا أو كما لو لم يجلد الحد عند من اعتبره

﴿ مسئلة ﴾ قال (والعبد لا يرث ولا مال له فيورث عنه)

لا نعلم خلافا في أن العبد لا يرث الا ماروي عن ابن مسعود في رجل مات وترك أبا مملوكا يشترى من ماله ثم يعتق فيرث وقاله الحسن وحكي عن طاوس أن العبد يرث ويكون ماورثه لسيده ككسبه وكما لو وصى له ولانه تصح الوصية له فيرث كالحر

ولنا أن فيه نقصا منع كونه موروثا فمنع كونه وارثا كالمرتد ويفارق الوصية فانها تصح لمولاه ولا ميراث له وقياسهم ينتقض بمختلفي الدين . وقول ابن مسعود لا يصح لان الاب رقيق حين موت ابنه فلم يرثه كسائر الاقارب وذلك لان الميراث صار لاهله بالموت فلم ينتقل عنهم الى غيرهم .وأجمعوا على أن المملوك لا يورث وذلك لانه لا مال له فيورث فانه لا يملك، ومن قال انه يملك بالتمليك فملكه ناقص غير مستقر يزول الى سيده بزوال ملكه عن رقبته بدليل قوله عليه السلام « من باع عبداً وله

(باب ميراث الحمل)

﴿ إذا مات عن حمل يرثه وطالب بقية الورثة بالقسمة وقفت له نصيب ذكرين ان كان نصيبهما أكثر وإلا وقفت له نصيب ابنتين ﴾

وجملة ذلك أن الانسان اذا مات عن حمل يرثه وقف الامر حتى يتبين فان طالب الورثة بالقسمة لم يعطوا كل المال بغير خلاف بين العلماء إلا ما حكي عن داود، والصحيح عنه مثل قول الجماعة. ولكن يدفع إلى من لا ينقصه كال ميراثه وإلى من ينقصه أقل ميراثه ولا تدفع إلى من يسقطه شيئا ، وأما من يشاركه فأكثر أهل العلم قالوا يوقف للحمل شيء ويدفع إلى شركائه الباقي. وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه والليث وشريك ويحيى بن آدم وهو رواية الربيع عن الشافعي والمشهور عنه أنه لا يدفع إلى شركائه شيء لان الحمل لاحد له ولا نعلم كم يترك له

وقد حكى الماوردي قال : أخبرني رجل من أهل اليمن ورد طالبا للعلم وكان من أهل الدين والفضل أن امرأة ولدت باليمن شيئا كالكرش فظن أن لا ولد فيه فألقي على قارعة الطريق فلما طلعت الشمس وحمي بها تحرك فأخذ وشق فخرج منه سبعة أولاد ذكور وعاشوا جميعا وكانوا خلقا سويا إلا أنه كان في أعضادهم قصر قال وصارعني أحدهم فصرعني فكنت أعير به فيقال صرعك سبع رجل

مال فماله للبائع الا أن يشترطه المبتاع » ولان السيد احق بمنافعه وأكسابه في حياته فكذلك بعد مماته وممن روي عنه أن العبد لا يرث ولا يورث ولا يحجب علي وزيد وبه قال الثوري ومالك والشافعي وإسحاق رضي الله عنه وأصحاب الرأي

(فصل) ويرث الاسير الذي مع الكفار إذا علمت حياته في قول عامة الفقهاء إلا سعيد بن المسيب فانه قال : لا يرث لانه عبد ، وليس بصحيح لان الكفار لا يملكون الاحرار بالقهر فهو باق على حريته فيرث كالمطلق

(فصل) والمدبر وأم الولد كالقن لانهم رقيق بدليل ان النبي ﷺ باع مدبراً . وأم الولد مملوكة يجوز لسيدها وطؤها بحكم الملك وتزويجها واجارتها، وحكمها حكم الامة في جميع أحكامها الا فيما ينقل الملك فيها أو يراد له كالرهن

(فصل) فأما المكاتب فان لم يملك قدر ما عليه فهو عبد لا يرث ولا يورث . وان ملك قدر ما يؤدي ففيه روايتان (احداهما) انه عبد ما بقي عليه درهم لا يرث ولا يورث يروى ذلك عن عمر وزيد بن ثابت وابن عمر وعائشة وأم سلمة وعمر بن عبد العزيز والشافعي رضي الله عنه وأبي ثور ، وعن ابن المسيب وشريح والزهري ونحوه لما روى أبو داود باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي ﷺ قال « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » وفي لفظ ان النبي ﷺ قال « أيما عبد كاتب على مائة أوقية فأداها الا عشر أواق فهو عبد ، وأيما عبد كاتب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير

قال شيخنا وقد أخبرني من اثق به سنة ثمان وستمائة أو سنة تسع عن ضرير بدمشق أنه قال : ولدت امرأتي في هذه الايام سبعة في بطن واحد ذكوراً وإناثاً ، قال وكان بدمشق أم ولد لبعض كبرائها فتزوجت بعده من كان يقرأ عليها وكانت تلد ثلاثة في كل بطن ، وقال غير الشافعي هذا نادر لا يعول عليه فلا يجوز منع الميراث من أجله كما لو لم يظهر بالمرأة حمل .

(فصل) واختلف القائلون بالوقف فيما يوقف فعن أحمد أنه يوقف نصيب ذكرين إن كان ميراثهما أكثر أو نصيب ابنتين إن كان أكثر وهذا قول محمد بن الحسن واللؤلؤي وقال شريك يوقف نصيب أربعة فاني رأيت بني اسماعيل أربعة ولدوا في بطن واحد محمد وعمر وعلي قال يحيى وأظن الرابع اسماعيل وروى ابن المنذر هذا القول عن أبي حنيفة ورواه الربيع عن الشافعي ، وقال الليث وأبو يوسف يوقف نصيب غلام ويؤخذ ضمين من الورثة

ولنا أن ولادة التوأمين كثير معتاد فلا يجوز قسم نصيبهما كالواحد وما زاد عليها نادر فلم يوقف له شيء كالخامس والسادس

(مسألة) (فاذا وضع الحمل دفعت اليه نصيبه ورددت الباقي إلى مستحقه ، وإن كان يرث الموقوف كله أخذه ، وإن أعوز شيئا رجع على من هو في يده)

فهو عبد » وعن محمد بن المنكدر وعمر بن عبد الله مولى غفرة وعبد الله بن عبدة ان النبي ﷺ قال لعتاب بن أسيد « من كاتب مكاتبا فهو أحق به حتى يقضي كتابته »

وقال القاضي وأبو الخطاب : إذا أدى المكاتب ثلاثة أرباع كتابته وعجز عن الربع عتق لان ذلك يجب ايفاؤه للمكاتب فلا يجوز إبقاؤه على الرق لعجزه عما يجب رده اليه (والرواية الثانية) انه اذا ملك ما يؤدي فقد صار حراً يرث ويورث فاذا مات له من يرثه ورث وان مات فلسيده بقية كتابته والباقي لورثته لما روى أبوداود باسناده عن ام سلمة قالت قال لنا رسول الله ﷺ « اذا كان لاحداكن مكاتب وكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه »

وروى الحكم عن علي وابن مسعود وشريح يعطى سيده من تركته ما بقي من كتابته ، فان فضل شيء كان لورثة المكاتب ، وروي نحوه عن الزهري وبه قال ابن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن والنخعي والشعبي والحسن ومنصور ومالك وأبو حنيفة غير أن مالكا جعل من كان معه في كتابته أحق ممن لم يكن معه . قال في مكاتب هلك وله أخ معه في الكتابة وله ابن قال ما فضل من كتابته لأخيه دون ابنه . وجعله أبو حنيفة عبداً ما دام حيا فاذا مات أدى من تركته باقي كتابته والباقي لورثته . وروي عن عمر رضي الله عنه انه قال على المنبر انكم مكاتبون مكاتبين فأيهم أدى النصف فلا رق عليه . وعن علي عليه السلام اذا أدى النصف فهو حر وعن عروة نحوه . وعن الحسن اذ

(مسائل من ذلك) امرأة حامل وبنت للمرأة الثمن، وللبنت خمس الباقي وفي قول شريك تسعه وفي قول أبي يوسف ثلثه بضمين ، ولا يدفع اليها شيء في المشهور عن الشافعي ، فان كان مكان البنت ابن دفع اليه ثلث الباقي أو خمسه أو نصفه على اختلاف الاقوال ، ومتى زادت الفروض على ثلث المال فميراث الاناث أكثر ، فاذا خلف أبوين وامرأة حاملا فللمرأة ثلاثة من سبعة وعشرين وللابوين ثمانية منها ويوقف ستة عشر ويستوي ههنا قول من وقف نصيب اثنين وقول من وقف بين أربعة وقول أبي يوسف تعطى المرأة ثمناً كاملا والأبوان ثلثاً كاملا ويؤخذ منهم ضمين ، فان كان معهم بنت دفع اليها ثلاثة عشر من مائة وعشرين وفي قول شريك ثلاثة عشر من مائتين وستة عشر ، وفي قول أبي يوسف ثلاثة عشر من اثنين وسبعين ، ويؤخذ من الكل ضمين من البنت لاحتمال أن يولد أكثر من واحد ومن الباقين لاحتمال أن تعول المسئلة ، وعلى قولنا يوافق بين سبعة وعشرين وبين مائة وعشرين بالاثلاث ويضرب ثلث احداهما في الاخرى تكن الفاً وثمانين للبنت ثلاثة عشر في تسعة ، مائة وسبعة عشر ، وللأبوين والمرأة أحد عشر في أربعين وما بقي فهو موقوف . زوج وأم حامل من الاب المسئلة من ثمانية ، للزوج ثلاثة ، وللام سهم ويقف أربعة وقال أبو يوسف ندفع إلى الام سهمين ونقف ثلاثة ونأخذ منها ضمينا ، هكذا حكى عنه الخبري وإن كان في المسئلة من يسقط بولد الابوين كعصبة أو أحد من ولد الاب لم يعط شيئاً ولو كان في هذه المسئلة جد فللزوج الثلث ، وللام السدس ، وللجد السدس ، والباقي موقوف ، وقال

أدى الشطر فهو غريم وعن ابن مسعود وشريح نحوه ، وعن ابن مسعود اذا أدى ثلثاً أو ربعاً فهو غريم وعن ابن عباس اذا كتب الصحيفة فهو غريم

وعن علي رضي الله عنه قال تجري العتاقة في المكاتب في أول نجم . يعني يعتق منه بقدر ما أدى وعنه انه قال يرث ويحجب ويعتق منه بقدر ما أدى . وقد روى حماد بن سلمة عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال « اذا أصاب المكاتب حداً أو ميراثاً ورث بحساب ما أعتق منه وأقيم عليه الحد بحساب ما عتق منه » وفي رواية « يودى المكاتب بقدر ما عتق منه دية الحر وقدر ما رق منه دية العبد » قال يحيى بن أبي كثير وكان علي ومروان بن الحكم يقولان ذلك . وقد روي حديث ابن عباس عن عكرمة عن النبي ﷺ مرسلا والحديث الذي رويناه لقولنا أصح منه ولا أعلم أحداً من الفقهاء قال بهذا وما ذكرناه أولا أولى والله أعلم

﴿مسألة﴾ قال (ومن بعضه حر يرث ويورث ويحجب على مقدار ما فيه من الحرية)

وجملته ان المعتق بعضه إذا كسب مالا ثم مات وخلفه نظر فيه فان كان كسبه بجزئه الحر مثل ان كان قد هايأ سيده على منفعته فاكتسب في أيامه أو ورث شيئا فان الميراث انما يستحقه بجزئه الحر أو كان قد قاسم سيده في حياته فتركته كلها لورثته لاحق لمالك باقيه فيها وقال قوم جميع ما خلفه بينه

أبو حنيفة : للزوج النصف ، وللام السدس ، وللجد السدس ، ويقف السدس بين الجد والام ولا شيء للحمل لان الجد يسقطه ، وأبو يوسف يجعلها من سبعة وعشرين ويقف أربعة أسهم . وحكي عن شريك أنه كان يقول تعول على الجد فيقف ههنا نصيب الاناث فتكون عنده من تسعة تقف منها أربعة ولو لم يكن فيها زوج كان للام السدس ، وللجد ثلث الباقي ، ويقف عشرة من ثمانية عشر وعند أبي حنيفة للجد الثلثان ، وللام السدس ، ويوقف السدس بينهما ، قول أبي يوسف يقف الثلث ويعطي كل واحد منهما ثلثاً ويؤخذ منهما ضمين ، ومتى خلف ورثة وأما تحت الزوج فينبغي للزوج الامساك عن وطئها ليعلم أحامل هي أم لا ؟ كذا يروى عن علي وعمر بن عبد العزيز والشعبي والنخعي وقتادة في آخرين فان وطئها قبل استبرائها فأتت بولد لأقل من ستة أشهر ورث لانا نعلم أنها كانت حاملا به وإن ولدته لأكثر من ذلك لم يرث إلا أن يقر الورثة أنها كانت حاملا يوم موت ولدها .

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وإذا استهل المولود صارخا ورث وورث وفي معناه العطاس والتنفس والارتضاع وما يدل على الحياة ، فاما الحركة والاختلاج فلا يدل على الحياة)

وجملة ذلك أن الحمل لا يرث إلا بشرطين (أحدهما) انه كان موجوداً حال الموت ويعلم ذلك بأن تأتي به لأقل من ستة أشهر فان أتت به لأكثر من ذلك وكان لها زوج أو سيد يطؤها لم يرث إلا أن يقر الورثة أنه كان موجوداً حال الموت وإن كانت لا توطأ لعدم الزوج أو السيد أو لغيبتهما

وبين سيده قال ابن اللبان هذا غلط لان الشريك إذا استوفى حقه من كسبه مرة لم يبق له حق في الباقي ولاسبيل له على ماكسبه بنصفه الحر كما لو كان بين شريكين فاقتسما كسبه لم يكن لاحدهما حق في حصة الآخر والعبد يخلف أحد الشريكين فيما عتق منه، فاما ان لم يكن كسبه بجزئه الحر خاصة ولا اقتسما كسبه فلمالك باقيه من تركته بقدر ملكه فيه والباقي لورثته، وان مات له من يرثه فانه يرث ويورث ويحجب على قدر ما فيه من الحرية وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه قال عثمان البتي وحمزة الزيات وابن المبارك والمزني وأهل الظاهر وقال زيد بن ثابت لا يرث ولا يورث وأحكامه أحكام العبد، وبه قال مالك والشافعي رضي الله عنهما في القديم وجعلا ماله لمالك باقيه قال ابن اللبان هذا غلط لانه ليس لمالك باقيه على ماعتق منه ملك ولا ولاء ولا هو ذو رحم قال ابن شريح يحتمل على قول الشافعي رضي الله عنه القديم أن يجعل في بيت المال لانه لاحق له فيما كسبه بجزئه الحر وقال الشافعي في الجديد ماكسبه بجزئه الحر لورثته ولا يرث هو ممن مات شيئا وبه قال طاوس وعمرو بن دينار وأبو ثور وقال ابن عباس هو كالحر في جميع أحكامه في توريثه والارث منه وغيرها وبه قال الحسن وجابر بن زيد والشعبي والنخعي والحكم وحماد وابن أبي ليلى والثوري وأبو يوسف ومحمد واللؤلؤي ويحيى بن آدم وداود، وقال أبوحنيفة ان كان الذي لم يعتق استسعى العبد فله من تركته سعايته وله نصف ولائه وان كان أغرم الشريك فولاؤه كله للذي اعتق بعضه

أو اجتنابهما الوطء عجزاً أو قصداً أو غيره ورث مالم يجاوز أكثر مدة الحمل وهي أربع سنين في احدى الروايتين، وفي الاخرى سنتان (الشرط الثاني) أن تضعه حيا فان وضعته ميتاً لم يرث في قول الجميع. واختلف فيما يثبت به الميراث من الحياة فاتفقوا على أنه اذا استهل صارخا ورث وورث، لما روى أبو داود باسناده عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا استهل المولود ورث، وروى ابن ماجه عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله، واختلفوا فيما سوى الاستهلال فقالت طائفة لا يرث حتى يستهل ولا يقوم غيره مقامه، ثم اختلفوا في الاستهلال ما هو؟ فقالت طائفة لا يرث حتى يستهل صارخاً، والمشهور عن احمد أنه لا يرث حتى يستهل، روي ذلك عن ابن عباس والحسن بن علي وأبي هريرة وجابر وسعيد بن المسيب وعطاء وشريح والحسن وابن سيرين والنخعي والشعبي وربيعة ويحيى ابن سعيد وأبي سلمة بن عبد الرحمن ومالك وأبي عبيد واسحاق لان مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « إذا استهل المولود ورث » أنه لا يرث بغير الاستهلال، وفي لفظ ذكره ابن سراقة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في الصبي المنفوس « اذا وقع صارخاً فاستهل ورث وتمت ديته وسمي وصلي عليه وان وقع حياً ولم يستهل صارخا لم تتم ديته وفيه غرة عبد أو أمة على العاقلة » وانما سمي الصراخ من الصبي استهلالا تجوزاً، والاصل فيه أن الناس اذا رأوا الهلال صاحوا عند رؤيته واجتمعوا فأراه بعضهم بعضاً فسمي الصوت عند استهلال الهلال استهلالا ثم سمي الصوت من الصبي المولود استهلالا

ولنا ماروى عبدالله بن احمد حدثنا الرملي عن يزيد بن هارون عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال في العبد يعتق بعضه « يرث ويورث على قدر ما عتق منه » ولأنه يجب ان يثبت لكل بعض حكمه كما لو كان الآخر مثله وقياسا لاحدهما على الآخر. اذا ثبت هذا فالتفريع على قولنا لان العمل على غيره واضح . وكيفية توريثه أن يعطى من له فرض بقدر مافيه من الحرية من فرضه ، وان كان عصبة نظر ماله مع الحرية الكاملة فأعطي بقدر مافيه منها ، وان كانا عصبتين لا يحجب أحدهما الآخر كابنين نصفهما حر ففيه وجهان (أحدهما) تكمل الحرية فيهما بأن تضم الحرية من أحدهما الى ما في الآخر منها فان كل منهما واحد ورثا جميع ميراث ابن حر لان نصفي شيء شيء كامل ، ثم قسم ما ورثاه بينهما على قدر ما في كل واحد منهما فاذا كان ثلثا أحدهما حراً وثلث الآخر حراً كان ماورثاه بينهما أثلاثا وان نقص مافيهما من الحرية عن حر كامل ورثا بقدر مافيهما ، وان زاد على حر واحد وكان الجزءان فيهما سواء قسم مايرثانه بينهما بالسوية ، وان اختلفا أعطي كل واحد منهما بقدر مافيه قال الخبري قال الاكثرون هذا قياس قول علي رضي الله عنه ، والوجه الآخر لا تكمل الحرية فيهما لانهما لو كانت لم يظهر الرق أثر وكانا في ميراثهما كالحرين ، وان كان أحدهما يحجب الآخر فقد قيل فيهما وجهان أيضا والصحيح أن الحرية لا تكمل ههنا لان الشيء لا يكمل بما يسقطه ولا يجمع بينه وبين ماينافيه وورثه بعضهم بالخطاب وتنزيل الاحوال وحجب بعضهم ببعض على مثال تنزيل الخطاب وقال ابو يوسف

لانه صوت عند وجود شيء يجتمع له ويفرح به . وروى يوسف بن موسى عن أحمد أنه قال : يرث السقط ويورث اذا استهل ، فقيل له ما الاستهلال ؟ قال اذا صاح أو عطس أو بكى ، فعلى هذا كل صوت يوجد منه تعلم به حياته فهو استهلال ، وهذا قول الزهري والقاسم بن محمد لانه صوت علمت به حياته فأشبه الصراخ ، وعن احمد رواية ثالثة اذا علمت حياته بصوت أو حركة أو رضاع أو غيره ورث وثبت له أحكام الحياة وبهذا قال الثوري والاوزاعي والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه ، فاما الحركة والاختلاج فلا تدل على الحياة ، فان اللحم يختلج اذا خرج من مكان ضيق فتضامت أجزاؤه ثم خرج الى مكان فسيح فانه يتحرك وان لم تكن فيه حياة ، ثم إن كانت فيه حياة فلا يعلم كونها مستقرة لاحتمال أن تكون كحركة المذبوح فان الحيوانات تتحرك بعد الذبح حركة شديدة وهي في حكم الميت .

﴿ مسئلة ﴾ (وان خرج بعضه فاستهل ثم انفصل ميتاً لم يرث)

وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة وأصحابه ان خرج أكثره فاستهل ثم مات ورث ، لقوله عليه الصلاة والسلام « اذا استهل المولود ورث »

ولنا أنه لم يخرج جميعه فأشبه مالو مات قبل خروج أكثره ، وعنه يرث للحديث المذكور ولأنه قد علمت حياته ، والاولى ظاهر المذهب لانه لم تثبت له أحكام الدنيا وهو حي أشبه مالو مات في بطن أمه

بمعناه ، ومسائل ذلك ابن نصفه حر له نصف المال فان كان معه ابن آخر نصفه حر فلهما المال في أحد الوجهين وفي الآخر لهما نصفه والباقي للعصبة أو لبيت المال ان لم تكن عصبة ويحتمل أن يكون لكل واحد منهما ثلاثة أثمان المال لأنهما لو كانا حرين لكان لكل واحد منهما النصف ولو كانا رقيقين لم يكن لهما شيء ولو كان الاكبر وحده حراً كان له المال ولا شيء للأصغر ولو كان الاصغر وحده حراً كان له كذلك ولكل واحد منهما في الاربعة أحوال مال ونصف فله ربع ذلك وهو ثلاثة أثمان فان كان معهما ابن آخر ثلثه حر فعلى الوجه الاول ينقسم المال بينهم على ثمانية كما تقسم مسئلة المباهلة وعلى الثاني يقسم النصف بينهم على ثمانية

وفيه وجه آخر يقسم الثلث بينهم أثلاثا ثم يقسم السدس بين صاحبي النصفين نصفين، وعلى تنزيل الاحوال يحتمل أن يكون لكل واحد ممن نصفه حر سدس المال وثمنه ولمن ثلثه حر ثلثا ذلك وهو تسع المال ونصف سدسه لان لكل واحد المال في حال ونصفه في حالين وثلثه في حال فيكون له مالان وثلث في ثمانية أحوال فنعطيه ثمن ذلك وهو سدس وثمن ويعطى من ثلثه حر ثلثيه وهو تسع ونصف سدس : ابن حر وابن نصفه حر المال بينهما على ثلاثة على الوجه الاول وعلى الثاني النصف بينهما نصفان والباقي للحر فيكون للحر ثلاثة أرباع وللآخر الربع ، ولو نزلتهما بالاحوال أفضى إلى هذا لان للحر المال في حال ونصفه في حال فله نصفهما وهو ثلاثة أرباع وللآخر نصفه في حال فله نصف ذلك وهو الربع ، ولو

﴿ مسئلة ﴾ (وان ولدت توأمين فاستهل أحدهما واشكل، أقرع بينهما، فمن خرج سهمه فهو المستهل)

اذا أشكل أحد التوأمين أيهما المستهل ، فان كانا ذكرين أو أنثيين أو ذكر وأنثى لا يختلف ميراثهما فلا فرق بينهما ، وان كان ذكراً وأنثى يختلف ميراثهما فقال القاضي من أصحابنا من قال يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة فهو المستهل كما لو طلق احدى نسائه فلم تعلم بعينها ثم مات، وكذلك النسوة اذا أراد السفر باحداهن أو البداية بالقسم لها فانه يقرع بينهن ، وقال الخبري ليس في هذا عن السلف نص ، وقال الفرضيون تعمل المسئلة على الحالين ويعطى كل وارث اليقين ويوقف الباقي حتى يصطلحوا عليه ويحتمل أن يقسم بينهم على حسب الاحتمال .

ومن مسائل ذلك رجل خلف أمه وأخاه وأم ولد حاملا منه فولدت توأمين ذكراً وأنثى فاستهل أحدهما ولم يعلم بعينه . فقل ان كان الابن المستهل فللام السدس والباقي له ترث أمه ثلثه والباقي لعمه فاضرب ثلاثة في ستة تكن ثمانية عشر ، لام الميت ثلاثة ، ولام الولد خمسة ، وللعم عشرة ، وان كانت البنت المستهل فالمسئلة من ستة وتموت البنت عن ثلاثة ، لامها سهم ، ولعمها سهمان والستة تدخل في ثمانية عشر ، فمن له شيء من ثمانية عشر مضروب في واحد ومن له شيء من ستة مضروب في ثلاثة فسدس الام لا يتغير وللعم من الستة أربعة في ثلاثة اثنا عشر وله من الثمانية عشر عشرة في واحد ، فهذا اليقين فيأخذه ، ولام الولد خمسة في سهم ، وسهم في ثلاثة ، فيأخذها ويقف سهمين بين الأخ

خاطبتهما قلت للحر لك المال لو كان أخوك رقيقا ونصفه لو كان حراً فقد حجبك بحريته عن النصف فنصفها يحجبك عن الربع يبقى لك ثلاثة أرباع ويقال للآخر لك النصف لو كنت حراً فاذا كان نصفك حراً فلك نصفه وهو الربع، ابن ثلثاه حر وابن ثلثه حر على الاول المال بينهما أثلاثا وعلى الثاني الثلث بينهما وللآخر ثلث فيكون له النصف وللآخر السدس وقيل اثنان بينهما أثلاثا وبالخطاب تقول لمن ثلثاه حر لو كنت وحدك حراً كان للمال لك ولو كنتما حرين كان لك النصف فقد حجبك بحريته عن النصف فبثلثها يحجبك عن السدس يبقى لك خمسة أسداس لو كنت حراً فلك بثلثي حريته خمسة اتساع، ويقال للآخر يحجبك أخوك بثلثي حريته عن ثلثي النصف وهو الثلث يبقى لك الثلثان فلك بثلث حريتهم ثلث ذلك وهو التسعان ويبقى التسعان للعصبة إن كان أوذي رحم فان لم يكن ففي بيت المال: ابن حر وبنت نصفها حر للابن خمسة أسداس المال وللبنت سدسه في الخطاب والتنزيل جميعا ومن جمع الحرية أفضى قوله الى ان له أربعة أخماس المال ولها الخمس فان كانت بنت حرة وابن نصفه حر وعصبة فللابن الثلث ولها ربع وسدس ومن جمع الحرية فيما جعل المال بينهما نصفين ابن وبنت نصفهما حر وعصبة فمن جمع الحرية فثلاثة أرباع المال بينهما على ثلاثة. وقال بعض البصريين النصف بينهما على ثلاثة ومن ورث بالتنزيل والاحوال قال للابن المال في حال وثلثاه في حال فله ربع ذلك ربع وسدس وللبنت نصف ذلك ثمن ونصف سدس والباقي للعصبة وان شئت قلت ان قدرناهما

وأم الولد حتى يصطلحا عليها، ويحتمل أن يقسم بينهما . امرأة حامل وعم ولدت المرأة ابناً وبنتاً فاستهل أحدهما ولم يعلم فالمسئلتان من أربعة وعشرين اذا أعطيت كل واحد أقل نصيبه بقيت ثلاثة موقوفة فان كان معها بنت فكل واحدة من المسئلتين من اثنين وسبعين والموقوف اثنا عشر . امرأة وعم وأم حامل من الاب ولدت المرأة ابناً وبنتاً فاستهل أحدهما ولم يعلم فان كان المستهل الاخ فهي من ستة وثلاثين فان كانت الاخت فهي من ثلاثة عشر، والمسئلتان متباينتان فاضرب احداهما في الاخرى تكن أربعمائة وثمانية وستين وكل من له شيء من احدى المسئلتين مضروب في الاخرى فيدفع الى كل واحد أقل النصيبين يبقى أربعة عشر منها تسعة بين المرأة والعم، وخمسة بين الام والعم، فان كانت المرأة والام حاملين فوضعتا معا فاستهل أحدهما فكل واحدة منهما ترجع الى ستة وثلاثين فيعطى كل وارث أقل النصيبين ويبقى أحد عشر سهماً، أربعة موقوفة بين الزوجة والأم وسبعة بين الام والعم

(فصل) اذا ولدت الحامل توأمين فسمع الاستهلال من أحدهما ثم سمع مرة أخرى فلم يدر أهو من الاول أو من الثاني؟ فيحتمل أن يثبت الميراث لمن علم استهلاله دون من شككنا فيه، لان الاصل عدم استهلاله فعلى هذا الاحتمال ان علم المستهل بعينه فهو الوارث وحده وان جهل كان كما لو استهل واحد منهما لا بعينه، وقال الفرضيون تعمل على الاحوال فيعطى كل وارث اليقين ويوقف الباقي

حرين فهي من ثلاثة وإن قدرنا البنت وحدها حرة فهي من اثنين وان قدرنا الابن وحده حراً فالمال له وان قدرناهما رقيقين فالمال للعصبة فتضرب اثنين في ثلاثة تكن ستة ثم في أربعة أحوال تكن أربعة وعشرين فللابن المال في حال ستة وثلثاه في حال أربعة صار له عشرة وللبنت النصف في حال والثلث في حال خمسة وللعصبة المال في حال ونصفه في حال تسعة فان لم تكن عصبة جعلت للبنت في حال حريتها المال كله بالفرض والرد فيكون لها مال وثلث فتجعل لها ربع ذلك وهو الثلث ، فان كان معهما امرأة وأم حرتان كانت الحرية فيهما فحجبا الام إلى السدس والمرأة الى الثمن لان كل واحد منهما لو انفرد لحجب نصف الحجب فاذا اجتمعا اجتمع الحجب، ومن ورث بالاحوال والتنزيل قال للام السدس في ثلاثة أحوال والثلث في حال فلها ربع ذلك وهو سدس وثلث وثمن وللمرأة الثمن في ثلاثة أحوال والربع في حال فلها ربع ذلك وهو الثمن وربع الثمن وللابن الباقي في حال وثلثاه في حال فله ربعه، وللبنت ثلث الباقي في حال والنصف في حال فلها ربعه ، وان لم يكن في المسئلة عصبة فللبنت بالفرض والرد أحد وعشرون من اثنين وثلاثين مكان النصف وللام سبعة مكان السدس وتصح المسئلة إذا لم يكن فيها رد بالبسط من مائتين وثمانية وثمانين سهما للام منها ستون وللمرأة خمسة وأربعون وللابن خمسة وثمانون وللبنت ثلاثة وخمسون والباقي للعصبة ، وقياس قول من جمع الحرية في الحجب أن يجمع الحرية في التوريث فيجعل لهما ثلاثة ارباع الباقي

من مسائل ذلك أم حامل وأخت لاب وعم ولدت الام بنتين فاستهلت احداهما ثم سمع الاستهلال مرة أخرى فلم يدر أهل استهلت الاخرى أو تكرر من واحدة؟ فقل إن كان منهما جميعاً فقد ماتتا عن أربعة من ستة ولا يعلم أولهما موتاً فحكمها حكم الغرقى فمن ذهب إلى أنه لا ترث احداهما من الاخرى قال قد خلفا أماً وأختاً وعماً فتصح من ثمانية عشر وان كان الاستهلال من واحدة فقد ماتت عن ثلاثة من ستة فتصح من اثني عشر وبينهما موافقة بالسدس فتصير من ستة وثلاثين للام اثنا عشر وللاخت كذلك وللعم تسعة وتقف ثلاثة تدعي الام منها سهمين والعم سهما وتدعيها الاخت كلها فيكون سهمان بينها وبين الام وسهم بينها وبين العم زوج وجد وأم حامل ولدت ابناً وبنتاً فاستهل أحدهما ثم سمع الاستهلال مرة أخرى فلم يدر ممن هو؟ فان كان الاستهلال تكرر من البنت فهي الاكدرية وماتت عن أربعة بين أمها وجدها فتصح من أحد وثمانين وان تكرر من الاخ لم يرث شيئاً والمسئلة من ستة للجد منها سهم وان كان منهما فللام السدس وللزوج النصف وللجد السدس ولهما السدس على ثلاثة فتصح من ثمانية عشر والثلاثة التي لهما بين الجد والام على ثلاثة فصار للام أربعة وللجد خمسة والثمانية عشر توافق أحداً وثمانين بالاتساع فتصير مائة واثنين وستين للزوج حقه من الاكدرية أربعة وخمسون وللام تسعا المال من مسئلة استهلالهما معا ستة وثلاثون وللجد السدس من مسألة استهلال الاخ وحده سبعة وعشرون يبقى خمسة واربعون يدعي منها الزوج سبعة وعشرين والام ثمانية عشر ويدعي منها

وقال ابن اللبان للعاصبة عشر من ثمانية وأربعين لانهما لو كانا حرين لكان للعاصبة عشر من أربعة وعشرين فيكون لهما بنصف حريتهم نصف ذلك وهذا غلط لانه جعل حجب كل واحد منهما لصاحبه بنصف حريته كحجبه إياه بجميعه ولو ساغ هذا لكان لهم حال انفرادهما النصف بينهم من غير زيادة؛ ابن وأبوان نصف كل واحد منهم حر ان قدرناهم أحراراً فللابن الثلثان وان قدرناه حراً وحده فله المال وان قدرنا معه أحد الابوين حراً فله خمسة أسداس فتجمع ذلك تجده ثلاثة أموال وثلثان فله ثمنها وهو ربع سدس وللاب المال في حال وثلثاه في حال وسدساه في حالين فله ثمن ذلك ربع وللام الثلث في حالين والسدس في حالين فلها الثمن والباقي للعصبة ؛ وان عملتها بالبسط قلت ان قدرناهم أحراراً فهي من ستة وان قدرنا الابن واحده حراً فهي من سهم فكذلك الاب وإن قدرنا الام وحدها حرة أو قدرناها مع حرية الاب فهي من ثلاثة وإن قدرنا الابن مع الاب أومع الام فهي من ستة وان قدرناهم رقيقا فالمال للعصبة وجميع المسائل تدخل في ستة فتضربها في الاحوال وهي ثمانية تكن ثمانية واربعين وللابن المال في حال ستة وثلثا في حال أربعة وخمسة أسداسه في حالين عشرة فذلك عشرون سهما من ثمانية وأربعين وللاب المال في حال ستة وثلثاه في حال وسدساه في حالين وذلك اثنا عشر وللام الثلث في حالين والسدس في حالين وذلك ستة وهي الثمن وإن كان ثلث كل واحد منهم حرا زدت على الستة نصفها تصير تسعة وتضربها في الثمانية تكن اثنين وسبعين فللابن عشرون من اثنين وسبعين وهي السدس والتسع وللاب

الجد سبعة وثلاثين وتقول الثمانية الفاضلة للام فيحتمل أن تدفع اليها لان الزوج والجد يقران لها بها

(فصل) وربما كان الحمل لا يرث إلا أن يكون ذكراً مثل أن يكون من جد الميت أو عمه أو أخيه مثال ذلك بنت عم وعم وامرأة أخ حامل للبنت النصف والباقي موقوف في قولهم جميعاً أم وعم وامرأة جد حامل للام الثلث وللعم تسعان أم وبنت وامرأة أخ وامرأة عم حاملان للام السدس وللبنت النصف ويوقف ثلث فان ولدت امرأة العم ابناً لم يعط شيئاً لجواز أن تلد الاخرى ابنا وان ولدت امرأة الاخ أو لا ابنا أخذ الموقوف

(فصل) وربما كان الحمل لا يرث إلا أن يكون أنثى

مثاله زوج وأخت لابوين وامرأة أب حامل يوقف سهم من سبعة فان ولدت انثى أو إناثاً أخذته وان ولدت ذكراً أو ذكرين أو ذكراً وأنثى اقتسمه الزوج والاخت وكذلك ان تركت أختاً لاب لم يدفع اليها شيء لجواز أن تلد ذكرا فيسقطها زوج وأبوان وبنت وامرأة ابن حامل تقف سهمين من خمسة عشر فان ولدت أنثى أو إناثا أخذتهما وإلا رجعت على الورثة فقسمته بينهم على ثلاثة عشر ورجعت المسألة إلى ذلك وكذلك إن كان معهم بنت ابن جد وأم حامل من الاب من ثمانية عشر تأخذ الام ثلاثة والجد خمسة ويوقف عشرة فان ولدت ذكرين فالعشرة لهما وان ولدت اثنين

اثنا عشر وهي السدس وللام ستة وهي نصف السدس ولا تتغير سهامهم وإنما صارت منسوبة الى اثنين وسبعين وان كان ربع كل واحد منهم حراً زدت على الستة مثلها وقيل فيما إذا كان نصف كل واحد منهم حراً للام الثمن وللاب الربع وللابن النصف، ابن نصفه حر وأم حرة للام الربع وللابن النصف وقيل له ثلاثة أثمان وهو نصف ما يبقى فان كان بدل الام أختا حرة فلها النصف وقيل لها نصف الباقي لان الابن يحجبها بنصفه عن نصف فرضها فان كان نصفها حراً فلها الثمن على هذا القول وعلى الاول لها الربع وان كان مع الابن أخت من أم أو أخ من أم فلكل واحد منهما نصف السدس وان كان معه عصبة حر فله الباقي كله .

(فصل) ابن نصفه حر وابن ابن حر المال بينهما في قول الجميع الا الثوري قال لابن الابن الربع لانه محجوب بنصف الابن عن الربع فان كان نصف الثاني حراً فله الربع فان كان معهما ابن ابن ابن نصفه حر فله الثمن وقيل للاعلى النصف والثاني النصف ولان فيهما حرية ابن وهذا قول أبي بكر وقال سفيان لاشيء الثاني والثالث لان ما فيهما من الحرية محجوب بحرية الابن فان كان معهم أخ حراً أوغيره من العصبات فله الباقي وإن كان نصفه حراً فله نصف ما بقي إلا على القولين الآخرين ابن نصفه حر وابن ابن ثلثه حر وأخ ثلاثة أرباعه حر للاعلى النصف والثاني ثلث الباقي وهو السدس وللاخ ثلاثة أرباع الباقي وهو الربع وعلى القول الآخر للابن النصف ولابن الابن الثلث والباقي للاخ ثلاثة إخوة

فلهما من العشرة سبعة ونصف وللجد اثنان ونصف وان ولدت ذكراً وانثى أخذ الجد من العشرة سهماً وللذكر ستة وللانثى ثلاثة وان ولدت أنثى أخذ الجد من العشرة ثلاثة والانثى أربعة وللام ثلاثة وان ولدت ذكراً أخذت الام ثلاثة وأخذ الجد سهماً والاخ ما بقي وان لم تلد شيئاً أخذت الام ثلاثة والجد ما بقي وان كان معهم زوج فهي من ستة للزوج ثلاثة وللام سهم وللجد سهم ويوقف سهم وان ولدت ذكرين فالسهم لهما وتصح من اثني عشر وكذا ان ولدت ابنتين وان ولدت ذكراً فالسهم للام وتصح من ستة وان ولدت انثى فهي الاكدرية وان ولدت ذكرا وأنثى فالسهم الباقي بينهما على ثلاثة وتصح من ثمانية عشر وإن لم تلد شيئاً أخذت الام السهم

باب ميراث المفقود

وهو نوعان أحدهما من انقطع خبره لغيبة ظاهرها السلامة كالتاجر والسائح وطالب العلم ولم يعلم خبره ففيه روايتان احداهما ينتظر به تمام تسعين سنة مع سنه يوم فقد وهذا قول عبد الملك ابن الماجشون لان الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا والرواية الثانية لا يقسم ماله ولا تتزوج امرأته حتى يعلم موته أو يمضي عليه مدة لا يعيش في مثلها وذلك مردود الى اجتهاد الحاكم وهذا قول الشافعي ومحمد

مفترقين نصف كل واحد منهم للاخ من الام نصف السدس وللاخ من الابوين نصف الباقي وللاخ من الاب نصف الباقي وتصح من ثمانية وأربعين للاخ من الام أربعة وللاخ من الابوين اثنان وعشرون وللاخ من الاب أحد عشر وعلى القول الآخر الاخ من الام نصف السدس وللاخ من الابوين النصف والاخ من الاب ما بقي فان كان معهم بنت حرة فلها النصف ولا شيء للاخ من الام وللاخ من الابوين الربع وللاخ من الاب الثمن والباقي للعصبة وعلى القول الآخر الباقي للاخ من الابوين وحده فان كان نصف البنت حراً فلها الربع وللاخ من الام ربع السدس وللاخ من الابوين نصف الباقي وللاخ من الاب نصف الباقي

(فصل) بنت نصفها حر لها الربع والباقي للعصبة فان لم يكن عصبة فلها النصف بالفرض والرد والباقي لذوي الرحم فان لم يكن فلبيت المال فان كان معها أم حرة فلها الربع لان البنت الحرة تحجبها عن السدس فنصفها يحجبها عن نصفه وان كان معها امرأة فلها الثمن ونصف الثمن وان كان معها أخ من أم فله نصف السدس وإن كان معها بنت ابن فلها الثلث لأنها لو كانت كلها امة لكان لبنت الابن النصف ولو كانت حرة لكان لها السدس فقد حجبتها حريتها عن الثلث فنصفها يحجبها عن السدس وكل من ذكرنا إذا كان نصفه حراً فله نصف ماله في الحرية وان كان ثلثه حراً فله ثلثه وإن كان معها بنت أخرى حرة فلهما ربع المال وثلثه بينهما على ثلاثة عند من جمع الحرية فيهما لان لهما بحرية نصفاً وبنصف حرية نصف كال اثنين وفي الخطاب والتنزيل للحرة ربع وسدس وللاخرى سدس لان نصف

بن الحسن وهو المشهور عن مالك وأبي حنيفة وأبي يوسف لان الاصل حياته والتقدير لا يصار يه إلا بالتوقيف ولا توقيف هنا فوجب التوقف عنه وقال عبد الله بن الحكم لينتظر به تمام سبعين سنة مع سنه يوم فقد ولعله يحتج بقول النبي ﷺ « أعمار أمتي ما بين الستين والسبعين » أو كما قال ولان الغالب أن لا يعيش أكثر من هذا فأشبه التسعين وقال الحسن ابن زياد ينتظر له تمام مائة وعشرين سنة وهو قول ابن عقيل فلو فقد وهو ابن ستين سنة وله مال لم يقسم حتى تمضي عليه ستون سنة أخرى يقسم ماله حينئذ بين ورثته ان كانوا أحياء وان مات بعض ورثته قبل مضي مائة وعشرين وخلف ورثة لم يكن له شيء من مال المفقود وكان ماله للاحياء من ورثته ويوقف للمفقود حصة من مال موروثه الذي مات في مدة الانتظار فان مضت المدة ولم يعلم خبر المفقود رد الموقوف الى ورثة موروث المفقود ولم يكن لورثة المفقود قال اللؤلؤي وهذا قول أبي يوسف وحكى الخبري عن اللؤلوي انه قال وهو الصحيح عندي والذي ذكرناه هو الذي حكاه ابن اللبان عن اللؤلوي فقال لو ماتت امرأة المفقود قبل تمام مائة وعشرين سنة بيوم أو بعد فقده بيوم أو تمت مائة وعشرون سنة لم يورث منه شيء ولم يرث منها لانا لا نعلم أيهما مات أولا وهذا قياس قول من قال في الغرقى إنه لا يرث أحدهم من صاحبه ويرث كل واحد من الاحياء من ورثته قال القاضي هذا قياس قول أحمد واتفق الفقهاء على انه لا يرث المفقود الا الاحياء من ورثته يوم قسم ماله لا من مات قبل ذلك ولو بيوم، واختلفوا في

احداهما يحجب الحرة عن نصف السدس فيبقى لها ربع وسدس والحرة تحجبها عن سدس كامل فيبقى لها سدس فان كان نصفهما رقيقا ومعهما عصبة فلهما ربع المال وسدسه بينهما لأنهما لو كانتا حرتين كان لهما الثلثان ولو كانت الكبرى وحدها حرة كان لها النصف وكذلك الصغرى ولو كانتا امتين كان المال للعصبة فقد كان لهما مال وثلثان فلهما ربع ذلك وهو ربع وسدس وطريقها بالبسط ان تقول ولو كانتا حرتين فالمسئلة من ثلاثة وان كانت الكبرى وحدها حرة فهي من اثنين وكذلك إذا كانت الصغرى وحدها حرة ، وإن كانتا امتين فهي من سهم فتضرب اثنين في ثلاثة تكن ستة ثم للكبرى نصف المال في حال ثلاثة وثلثه في حال سهمان في الاحوال الاربعة تكن أربعة وعشرين صار لها خمسة من أربعة وعشرين وللاخرى مثل ذلك وللعصبة المال في حال والنصف في حالين والثلث في حال ذلك أربعة عشر سهما من أربعة وعشرين ومن جمع الحرية فيهما جعل لهما النصف والباقي للعصبة واذا لم يكن عصبة نزلتهما على تقدير الرد فيكون حكمها حكم اثنين نصف كل واحد منهما حر على ماللناه ثلاث بنات ابن متنازلات نصف كل واحدة حر وعصبة للاولى الربع والثانية السدس لأنها لو كانت حرة كان لها الثلث والثالثة نصف السدس على قول البصريين لانك تقول للسفلى لو كانتا أمتين كان لك النصف ولو كانت إحداهما حرة كان لك السدس فبينهما ثلث فتحجبك العليا عن ربع والثانية عن نصف سدس فيبقى لك سدس لو كنت حرة فاذا كان نصفك حراً كان لك نصفه ، وفي التنزيل الثالثة نصف الثمن وثمنه وذلك لاننا لو نزلنا كل واحدة حرة وحدها كان

من مات وفي ورثته مفقود فمذهب أحمد وأكثر الفقهاء أنه يعطي كل وارث من ورثته اليقين ويوقف الباقي حتى يتبين امره أو تمضي مدة الانتظار فتعمل المسئلة على انه حي ثم على أنه ميت وتضرب إحداهما في الاخرى إن تباينتا او في وفقها ان اتفقتا وتجتزيء باحداهما ان تماثلتا وباكثرهما ان تناسبتا وتعطي كل واحد أقل النصيبين ومن لا يرث إلا من إحداهما لا تعطيه شيئاً وتوقف الباقي (النوع الثاني) أن يكون الغائب من حاله الهلاك كالذي يفقد من بين اهله كمن يخرج إلى الصلاة او في حاجة قريبة فلا يعود أو في مفازة مهلكة كالحجاز او بين الصفين حال الحرب اوفي البحر اذا غرقت سفينته ولا يعلم له خبر فهذا ينتظر به اربع سنين لانها أكثر مدة الحمل فانه لم يظهر له خبر قسم ماله واعتدت امرأته عدة الوفاة وحلت للازواج نص عليه احمد وهذا اختيار ابي بكر وذكر القاضي أنه لايقسم ماله حتى تمضي عدة الوفاة بعد الاربع سنين لانه الوقت الذي يباح لامرأته التزويج فيه والاول أصح لان العدة إنما تكون بعد الوفاة فاذا حكم بوفاته فلا وجه للوقوف عن قسم ماله وقد روي عن أحمد رحمه الله التوقف عن أمره وقال قد هبت الجواب فيها وكأني أحب السلامة والمذهب الاول ولم يفرق سائر أهل العلم بين هذه الصورة وبين سائر صور الفقدان فيما علمنا إلا أن مالكا والشافعي في القديم وافقا في الزوجة انها تتزوج خاصة والاظهر من مذهبه مثل قول الباقين

لها النصف فهذه ثلاثة أحوال من ابنين ثنين ولو كن إماء كان المال للعصبة ولو كن أحرارا كان للاولى النصف والثانية السدس والثلث للعصبة ولو كانت الاولى والثانية حرتين فكذلك ولو كانت الثانية والثالثة حرتين فلثانية النصف والثالثة السدس والثلث للعصبة فهذا أربعة أحوال من ستة ستة والمسائل كلها تدخل فيها فتضربها في ثمانية أحوال تكن ثمانية وأربعين للعليا النصف في أربعة أحول اثنا عشر وهي الربع والثانية النصف في حالين والسدس في حالين وهي ثمانية وذلك هو السدس والثالثة النصف في حال والسدس في حالين وهوخمسة وهي نصف الثمن وثلثه ، وقال قوم تجمع الحرية فيهن فيكون فيهن حرية ونصف لمن بها ثلث وربع للاولى والثانية ربعان والثالثة نصف سدس فان كان معهن رابعة كان لها سدس ونصف آخر، ثلاث أخوات مفترقات نصف كل واحدة حر وأم حرة وعم فالتي من قبل الابوين الربع والتي من قبل الاب السدس والتي من قبل الأم نصف السدس ، وللام الثلث لانها لاتحجب الا باثنين من الاخوة والاخوات ولم تكمل الحرية في اثنين وللعم مابقي وهكذا لو كانت أخت حرة وأخرى نصفها حر وأم حرة فللام الثلث لما ذكرناه ، وقال الخبري للام الربع وحجبها بالجزء كم تحجب بنصف البنت والفرق بينهما أن الحجب بالولد غير مقدر بل هو معلق في الولد والجزء من الولد ، وفي الاخوة مقدر باثنين فلا يثبت بأقل منهما ولذلك لم تحجب بالواحد من شيء أصلا وهذا قول ابن اللباز وحكى القول الاول عن الشعبي وقال هذا غلط وفي الباب اختلاف كثير وفروع قل ماتتفق وقل ماتجيء مسئلة الا ويمكن عملها بقياس ماذكرناه

فأما ماله فاتفقوا على أنه لا يقسم حتى تمضي مدة لا يعيش في مثلها وقد ذكرنا الاختلاف في ذلك في النوع الاول لانه مفقود لا يتحقق موته اشبه التاجر والسائح

ولنا اتفاق الصحابة رضي الله عنهم على تزويج امرأته على ما نذكره في العدد ان شاء الله تعالى وإذا ثبت ذلك في النكاح مع الاحتياط للابضاع ففي المال أولى ولان الظاهر هلاكه فأشبه مالو مضت مدة لا يعيش في مثلها .

(مسئلة) (وان مات للمفقود من يرثه قبل الحكم بوفاته وقف للمفقود نصيبه من ميراثه ودفع الى كل وارث اليقين فان كان حياً أخذ ميراثه ورد الفضل الى اهله وان علم انه مات بعد موت موروثه دفع نصيبه مع ماله إلى ورثته وان علم انه كان ميتاً حين موت موروثه رد الموقوف الى ورثة الاول وان مضت المدة ولم يعلم خبره رد ايضاً الى ورثة الاول لانه مشكوك في حياته حين موت موروثه فلا نورثه مع الشك كالجنين الذي سقط ميتاً هذا الذي ذكره شيخنا في المغني وذكر في هذا الكتاب المشروح وفي الكافي انه يقسم على ورثة المفقود لانه محكوم بحياته فعلى هذا يكون في المسئلة روايتان وان علمنا ان المفقود مات ولم ندر متى مات رد الموقوف له إلى ورثة الاول لانه مشكوك في حياته فلا نورثه مع الشك واتفق الفقهاء على انه لا يرث المفقود إلا الاحياء من ورثته وقد مضى ذكره

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا مات وخلف ابنين فأقر أحدهما باخ فله ثلث مافي يده وان أقر باخت فلها خمس ما في يده)

قد ذكرنا في باب الاقرار من يثبت النسب بقوله ومن لا يثبت ونذكر ههنا مايستحق المقر به من الميراث إذا لم يثبت نسبه فنقول إذا أقر بعض الورثة لمشارك في الميراث فلم يثبت نسبه لزم المقر أن يدفع اليه فضل ما في يده عن ميراثه وهذا قول مالك والاوزاعي والثوري وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم ووكيع وإسحاق وأبي عبيد وأبي ثور وأهل البصرة ، وقال النخعي وحماد وابو حنيفة وأصحابه يقاسمه ما في يده لانه يقول أنا وأنت سواء في ميراث أبينا وكان ماأخذه المنكر تالف أو أخذته يد عادية فيستوي في مابقي ، وقال الشافعي رضي الله عنه وداود لايلزمه في الظاهر دفع شيء اليه وهل يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى؟ على قولين أصحهما لايلزمه لانه لايرث من لايثبت نسبه وعلى قول الذي يلزمه دفع شيء اليه ففي قدره وجهان كالمذهبين المتقدمين .

ولنا على الشافعي رضي الله عنه أنه أقر بحق لمدعيه يمكن صدقه فيه وبيد المقر عليه وهو متمكن من دفعه اليه فيلزمه ذلك كما لو أقر بعين ولانه إذا علم أن هذا أخوه فله ثلث التركة ويتعين استحقاقه لما في يده بعضه وصاحبه يطلبه فلزمه دفعه اليه وحرم عليه منعه منه كما في سائر المواضع وعدم ثبوت نسبه في

(مسألة) (ولباقي الورثة أن يصطلحوا على ما زاد عن نصيبه فيقتسموه)

اختاره ابن اللبان لانه لا يخرج عنهم وأنكر ذلك الوني وقال لا فائدة في أن ينقص بعض الورثة عما يستحقه في مسئلة الحياة وهي متيقنة ثم يقال له لك أن تصالح على بعضه بل إن جاز ذلك فالاولى أن تقسم المسئلة على تقدير الحياة ويقف نصيب المفقود لا غير قال شيخنا والاول أصح إن شاء الله تعالى فان الزائد عن نصيب المفقود من الموقوف مشكوك في مستحقه ويقين الحياة متعارض بظهور الموت فينبغي أن يوقف كالزائد عن اليقين في مسائل الحمل والاستهلال فعلى هذا يجوز للورثة الموجودين الصلح عليه لانه حقهم لا يخرج عنهم وإباحة الصلح عليه لا تمنع وجوب وقفه كما تقدم في نظائره ووجوب وقفه لا يمنع الصلح عليه كذلك ولان تجويز أخذ الانسان حق غيره برضاه وصلحه لا يلزم منه جواز أخذه بغير إذنه وظاهر قول الوني هذا انه يقسم المسئلة على أنه حي ويقف نصيب المفقود لا غير وقال بعض أصحاب الشافعي يقسم المال على الموجودين لانهم متحققون والمفقود مشكوك فيه فلا يورث مع الشك وقال محمد بن الحسن القول قول من المال في يده فلو مات رجل وخلف ابنتيه وابن ابن أبوه مفقود والمال في أيدي البنتين فاختصموا الى القاضي : فانه لا ينبغي للقاضي أن يحول المال عن موضعه ولا يقف منه شيئاً سواء اعترف البنتان بفقده أو ادعيا موته وان كان المال في يد ابن المفقود لم نعط الابنتين الا النصف ، أقل ما يكون لهما فان كان المال في يد أجنبي فأقر بأن الابن

الظاهر لايمنع وجوب دفعه اليه كما لو غصبه شيئا ولم تقم البينة بغصبه

ولنا على أبي حنيفة أنه أقر له بالفاضل عن ميراثه فلم يلزمه أكثر مما أقر به كما لو أقر له بشيء معين ولانه حق يتعلق بمحل مشترك باقرار أحد الشريكين فلم يلزمه أكثر من قسطه كما لو أقر أحد الشريكين على العبد بجناية فعلى هذا إذا خلف ابنين فأقر أحدهما بأخ فللمقر له ثلث مافي يد المقر وهو سدس المال لانه يقول نحن ثلاثة لكل واحد منا الثلث وفي يدي النصف ففضل في يدي لك السدس فيدفعه اليه وهو ثلث مافي يده ، وفي قول أبي حنيفة يدفع اليه نصف مافي يده وهو الربع ، وان أقر بأخت دفع اليها خمس مافي يده لانه يقول نحن اخوان وأخت فلك الخمس من جميع المال وهو خمس مافي يدي وخمس مافي يد أخي فيدفع اليها خمس مافي يده وفي قولهم يدفع اليها ثلث مافي يده

(فصل) وان أقر جميع الورثة بوارث أو أقر به الميت ليثبت نسبه منه ثبت نسبه سواء كان الورثة واحداً أو جماعة وبهذا قال النخعي والشافعي رضي الله عنه ، وقال أبوحنيفة ومالك وابن أبي ليلى والحسن بن صالح لا يثبت نسبه ، والمشهور عن أبي يوسف انه لا يثبت النسب الا باقرار ابنين ذكرين كانا او انثيين عدلين او غير عدلين ونحوه عن مالك ، وروى ابن اللبان قال أشعث بن سوار عن رجل من اهل المدينة قال جاء رجل وأخته الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه ومعهما صبي فقالا هذا اخونا فقال لاألحق بأبيكما من لم يقر به

مفقود وقف له النصف على يديه وان قال قد مات المفقود لزمه دفع الثلثين الى البنتين ويوقف الثالث الا أن يقر ابن الابن بموت أبيه فيدفع اليه الباقي والجمهور على القول الاول

مسائل ذلك زوج وأم وأخت وجد وأخ مفقود مسئلة الموت من سبعة وعشرين لانها الاكدرية ومسئلة الحياة من ثمانية عشر وهما يتفقان بالاتساع فتضرب تسع أحداهما في الاخرى تكن أربعة وخمسين للزوج النصف من مسئلة الحياة والثلث من مسئلة الموت فيعطى الثلث وللام التسعان من مسئلة الموت والسدس من مسئلة الحياة فتعطى السدس وللجد ستة عشر سهما من مسئلة الموت وتسعة من مسئلة الحياة فيأخذ التسعة وللاخت ثمانية من مسئلة الموت وثلاثة من مسئلة الحياة فتأخذ ثلاثة ويبقى خمسة عشر موقوفة ان بان الاخ حيا أخذ ستة وأخذ الزوج تسعة وان بان ميتاً أو مضت المدة قبل قدومه أخذت الام ثلاثة والاخت خمسة والجد سبعة هذا على الرواية التي تقول إن الموقوف للمفقود يرد الى ورثة الاول واختار الخبري أن المدة اذا مضت ولم يتبين أمره أنه يقسم نصيبه من الموقوف على ورثته وهو ستة يبقى تسعة وهي الرواية الثانية لانه كان محكوما بحياته لانها اليقين وانما حكمنا بموته بمضي المدة ووجه الاولى أنه مال موقوف لمن ينتظر ممن لا نعلم حاله فاذا لم تتبين حياته لم يكن لورثته كالموقوف للحمل وللورثة أن يصطلحوا على التسعة قبل مضي المدة ، زوج وأبوان وابنتان

ولنا ان عبد الله بن زمعة ادعى نسب ولد وليدة أبيه وقال هذا أخي ولد على فراش أبي ، فقبل النبي ﷺ قوله وأثبت النسب به ، ولان الوارث يقوم مقام موروثه بدليل انه يثبت باعترافه ما يثبت باعتراف الموروث على نفسه من الدين وغيره كذا النسب ، ولان الوارث يخلف الموروث في حقوقه وهذا منها ، ولا خلاف بينهم في وجوب دفع ميراثه اليه الا أن يكون المقر به يسقط المقر كأخ يقر بابن أو ابن ابن أو اخ من اب يقر بأخ من أبوين فان الشافعي في ظاهر مذهبه أثبت النسب ولم يورثه لئلا يكون إقراراً من غير وارث فثبوت ميراثه يفضي الى سقوط نسبه وميراثه

ولنا انه اقرار من كل الورثة يثبت به النسب بمن يرث لو ثبت نسبه بغير إقراره فيجب ان يرث كما لو لم يسقطه ، ولانه ابن ثابت النسب لم يمنع ارثه مانع متفق عليه أشبه مالو ثبت ببينة والاعتبار بكونه وارثا حالة الاقرار او بكونه وارثا لولا الاقرار بدليل انه لو اعتبر الحال الثاني لم يثبت النسب اذا اقر بمشارك في الميراث لانه يكون إقراراً من بعض الورثة ، فان قالوا انما ثبت لأن المقر به ايضا مقر بنفسه مدع لنسبه ، قلنا وههنا مثله فاستويا

(فصل) اذا خلف ابنا واحدا فأقر بأخ من أبيه دفع اليه نصف مافي يده في قول الجميع فان أقر بعد بآخر فاتفقا عليه دفعا اليه ثلث مافي أيديهما في قول الجميع فان انكر المقر به ثانيا المقر به الاول لم يثبت نسبه ، قال الشافعي هذا مثل للعامة تقول ادخلني اخرجك ، وليس له أن يأخذ أكثر من ثلث مافي أيديهما لانه لم يقر له بأكثر منه وقال الشافعي رضي الله عنه يلزم المقر ان يغرم له نصف التركة لانه أتلفه عليه باقراره الاول ، ويحتمل أن لا يبطل نسب الاول لانه ثبت بقول من هو كل الورثة حال الاقرار فان لم يصدق به

مفقودتان مسئلة حياتهما من خمسة عشر وفي حياة احداهما من ثلاثة عشر وفي موتهما من ستة فتضرب ثلث الستة وهي اثنان في خمسة عشر ثم في ثلاثة عشر تكن ثلاثمائة وتسعين ثم تعطي الزوج والابوين حقوقهم من مسئلة الحياة مضروبا في اثنين ثم في ثلاثة عشر ويقف الباقي وان كان في المسئلة ثلاثة مفقودون لهم أربع مسائل فان كانوا أربعة عمات لهم خمس مسائل وعلى هذا فان كان المفقود يحجب ولا يرث كزوج وأخت لابوين وأخت لاب وأخ لها مفقود وقفت السبع بينهما وبين الزوج والاخت من الابوين وقيل لا يوقف ههنا شيء وتعطى الاخت من الاب السبع لانها لا تحجب بالشك كما لا تورث بالشك والاول أصح لان دفع السبع اليها توريث بالشك وليس في الوقف حجب يقينا انما هو توقف عن صرف المال الى احدى الجهتين المشكوك فيهما ويعارض قول هذا القائل قول من قال إن اليقين حياته فيعمل على أنه حي ويدفع المال إلى الزوج والاخت والابوين والتوسط بما ذكرناه أولى

(فصل) والاسير كالمفقود إذا انقطع خبره وإن علمت حياته ورث في قول الجمهور وحكي عن سعيد بن المسيب والنخعي وقتادة أنه لا يرث لانه عبد والصحيح الاول لان الكفار لا يملكون الاحرار والله سبحانه وتعالى أعلم

الاول بالثاني لم يثبت نسبه ويدفع اليه المقر ثلث ما بقي في يده لانه الفضل الذي في يده ويحتمل أن يلزمه دفع ثلث جميع المال لانه فوته عليه بدفع النصف الى الاول وهو يقر انه لا يستحق إلا الثلث وسواء دفعه اليه بحكم الحاكم أو بغير حكمه لان إقراره علة حكم الحاكم وسواء علم بالحال عند إقراره الاول أو لم يعلم لان العمد والخطأ واحد في ضمان مايتلف وحكي نحو هذا عن شريك ، ويحتمل انه إن علم بالثاني حين أقر بالاول وعلم انه اذا أقر به بعد الاول لا يقبل ضمن لتفويته حق غيره بتفريطه ، وان لم يعلم لم يضمن لانه لم يجب عليه الاقرار بالاول إذا علمه ولا يحوجه إلى حاكم ومن فعل الواجب فقد أحسن وليس بخائن فلا يضمن ، وقيل هذا قياس قول الشافعي

وقال أبو حنيفة ان كان الدفع بحكم حاكم دفع الى الثاني نصف ما بقي في يده لان حكم الحاكم كالاخذ منه كرها ، وان دفعه بغير حاكم دفع إلى الثاني ثلث جميع المال لانه دفع الي الاول ما ليس له تبرعا ، ولنا على الاول انه أقر بما يجب عليه الاقرار به فلم يضمن ما تلف به كما لو قطع الامام يد السارق فسرى إلى نفسه ، وان أقر بعدهما بثالث فصدقاه ثبت نسبه وأخذ ربع ما في يد كل واحد منهم إذا كان مع كل واحد ثلث المال ، وان كذباه لم يثبت نسبه وأخذ ربع ما في يد المقر به وفي ضمانه له ما زاد التفصيل في التي قبلها ، وعلى مثل قولنا قال ابن أبي ليلى وأهل المدينة وبعض أهل البصرة

(فصل) ومتى أردت معرفة الفضل فاضرب مسئلة الاقرار في مسئلة الانكار ثم تضرب ما للمقر

باب ميراث الخنثى

وهو الذي له ذكر وفرج امرأة أو ثقب في مكان الفرج يخرج منه البول وينقسم الى مشكل وغير مشكل فمن تثبت فيه علامات الرجال أو النساء فيعلم أنه رجل أو امرأة فليس بمشكل وإنما هو رجل فيه خلقة زائدة أو امرأة فيها خلقة زائدة وحكمه في ارثه وسائر أحكامه حكم ما ظهرت علاماته فيه والذي لا علامة فيه مشكل

(مسئلة) ويعتبر بمباله في قول من بلغنا قوله من أهل العلم قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الخنثى يورث من حيث يبول ان بال من حيث يبول الرجل فهو رجل وان بال من حيث تبول المرأة فهو امرأة روي ذلك عن علي ومعاوية وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد وأهل الكوفة وسائر أهل العلم وقال بن اللبان روى الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس أن النبي ﷺ سئل عن مولود له قبل وذكر من أين يورث قال « من حيث يبول » وروي أنه عليه الصلاة والسلام أتي بخنثى من الانصار فقال « ورثوه من أول ما يبول منه » ولان خروج البول أعم العلامات لوجودها من الصغير والكبير وسائر العلامات انما توجد بعد الكبر مثل نبات اللحية وخروج المني والحيض وتفلك الثدي والحبل

(فصل) فان بال منهما جميعاً اعتبر باسبقهما نص عليه أحمد وروي ذلك عن سعيد بن المسيب وبه

من مسئلة الاقرار في مسئلة الانكار إذا كانتا متباينتين وتضرب ما للمنكر في مسئلة الانكار في مسئلة الاقرار فما كان بينهما فهو الفضل ، فان لم يكن في يده فضل فلا شيء للمقر له كثلاثة اخوة مفترقين أقر الاخ من الام بأخ أو أخت فلا شيء للمقر له لانه يقر على غيره وسواء أقر بأخ من أم أو غيره ، وعند أبي حنيفة ان أقر بأخ من أم فله نصف ما في يده وان أقر بأخ من أبوين فللمقر به خمسة أسباع ما في يده ، وان كن ثلاث أخوات مفترقات فأقرت الاخت من الام بأخ فان كان في المسئلة عصبة فلا شيء له ، فان لم يكن فيها عصبة فله سدس ما بقي في يدها لان مسئلة الانكار من خمسة والاقرار من ستة إذا ضربت إحداهما في الاخرى كانت ثلاثين لها سهم من مسئلة الانكار في مسئلة الاقرار ستة ولها في الاقرار خمسة يفضل في يدها سهم فهو للاخ من اي جهة كان وان أقرت الاخت من الاب بأخ لها صحت من تسعين لها عشرة ويفضل لاخيها ثمانية ، وإن أقرت بأخ من أبوين دفعت اليه جميع مافي يدها ، وإن أقرت بأخ من أم أو بأم الميت أو جدة أو بعصبة فله سدس مافي يدها ، وإن خلف أربع أخوات من أب وعما فأقر الاخوات بأخ لهن فلا شيء له ، وإن أقررن بأخت من أبوين دفعن اليها ثلاثة أرباع مافي أيديهن وان أقررن بأخت من أب فلها خمس مافي أيديهن وأيتهن أقرت وحدها دفعت اليها مما في يدها بقدر ذلك ، وإن أقرت احداهن بأخ وأخت فمسئلة الاقرار من سبعة والانكار من ستة تضرب احداهما في الاخرى تكن اثنين واربعين لها سهم في ستة وفي يدها سبعة

قال الجمهور فان خرجا معاً اعتبر أكثرهما قال أحمد في رواية اسحاق بن ابراهيم يورث من المكان الذي يبول منه أكثر وحكي هذا عن الاوزاعي وصاحبي أبي حنيفة ووقف في ذلك أبو حنيفة ولم يعتبره أصحاب الشافعي في أحد الوجهين وقال قوم إذا خرجا معا اعتبر بآخرهما انقطاعا فان انقطعا معاً اعتبر أكثرها وقيل الاعتبار بالكثرة

ولنا أنها مزية لاحدى العلامتين فيعتبر بها كالسبق فان استويا فهو حينئذ مشكل

(مسئلة) (فان مات له من يرثه وكان يرجى انكشاف حاله وهو الصغير فان احتيج إلى قسم الميراث أعطي هو ومن معه اليقين ووقف الباقي في قول الجمهور حتى يبلغ فيظهر فيه علامات الرجال من نبات لحيته وخروج المني من ذكره وكونه مني رجل أو علامات النساء من الحيض والحمل وتفلك الثديين نص عليه أحمد في رواية الميموني وحكي عن علي والحسن أنهما قالا تعد أضلاعه فان أضلاع المرأة أكثر من أضلاع الرجل بضلع قال ابن اللبان ولو صح هذا لما أشكل حاله ولا احتيج إلى مراعاة البول وقال جابر بن زيد يوقف إلى جانب الحائط فان بال عليه فهو رجل وان شلشل بين فخذيه فهو امرأة وليس على هذا تعويل والصحيح ما ذكرناه إن شاء الله تعالى أنه يوقف أمره مادام صغيرا فان احتيج الى قسم الميراث أعطي هو ومن معه اليقين ووقف الباقي الى حين بلوغه فتعمل المسئلة على أنه ذكر ثم على أنه أنثى وتدفع الى كل وارث أقل النصيبين ويقف الباقي حتى يبلغ فان مات قبل بلوغه

يفضل في يدها سهم لهما ، وإن اقر الاربع بهما فضل لهما أربعة أسهم ، فان كان المقر بهما يتصادقان اقتسماها بينهم أثلاثا فان تجاحدا فلا شيء للاخ لانه يقر انه لاحق له في الثلثين ويكون المقر به للاخت لانها تدعي خمس الثلثين ، وإن جحدته ولم يجحدها لم يلتفت إلى جحدها لاقرار الاخوات المعروفات وإن جحدها ولم تجحده احتمل أن يكون المقر به لها لاقراره بأنه لا يستحق شيئا من الثلثين وكونها تدعي من الثلثين مثل هذه الفضلة ويحتمل أن لا تستحق إلا ثلث أربعة اسهم لاقرارها بها للاخ والأول أولى ان شاء الله تعالى

وإن أقر العم بأخت او اخوات من اب او ابوين فلا شيء لهم ، وإن اقر بأخ او اخت من ام او بأم او جدة فللمقر له السدس ، وإن اقر بأخ من ابوين او من اب او بابنين من ولد الام فلهم جميع مافي يده ، وإن خلف أما وأخا من أبوين فأقرت الام باخ من أم او من أبوين فله السدس وهو نصف مافي يدها وإن أقرت بأخ من أب فصدقها الاخ من الابوين فله السدس وهو نصف مافي يدها ولا شيء للمقر له وإن لم يصدقها فقد أقرت له بما لا يدعيه فيحتمل أن يقر في يدها ولا يصح اقرارها ويحتمل أن يصطلحا عليه لانه لا يخرج عنها وقد أشكل أمره ويحتمل أن يكون لبيت المال لانه مال لم يثبت له مستحق ولا يدعيه أحد ، فان أقر الاخ بأخ له من أبوين فله ثلاثة أثمان مافي يده لان مسئلة الاقرار من اثني عشر له منها خمسة وفي يده ثمانية فالفاضل في يده ثلاثة

(فصل) اذا خلف ابنين فأقر الاكبر بأخوين فصدقه الاصغر في أحدهما ثبت نسب المتفق عليه

أو بلغ مشكلا ورث نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى نص عليه أحمد وهو قول ابن عباس والشعبي وابن أبي ليلى وأهل المدينة ومكة والثوري واللؤلؤ وشريك والحسن بن صالح وأبي يوسف ويحيى بن آدم وضرار بن صرد ونعيم بن حماد وورثه أبو حنيفة بأسوإ حالاته والباقي لسائر الورثة وأعطاه الشافعي ومن معه اليقين ووقف الباقي حتى يتبين أمره أو يصطلحوا وبه قال أبو ثور وداود وابن جرير وورثه بعض أهل البصرة على الدعوى فيما بقي بعد اليقين وبعضهم بالدعوى من أصل المال وفيه أقوال شاذة سوى هذه

ولنا قول ابن عباس ولم يعرف له في الصحابة منكر ولان حالتيه تساويا فوجبت التسوية بين حكمها كما لو تداعا نفسان دارا بأيديهما ولا بينة لهما وليس توريثه بأسوإ أحواله بأولى من توريث من معه بذلك فتخصيصه بهذا الحكم لا دليل عليه ولا سبيل الى الوقف لانه لا غاية له تنتظر وفيه تضييع للمال مع يقين استحقاقهم له

(مسئلة) (فاذا كان ابن وبنت وولد خنثى جعلت للبنت اقل عدد له نصف وهو سهمان وللذكر اربعة وللخنثى ثلاثة فيكون معه نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهذا قول الثوري واللؤلؤي في هذه المسئلة وفي كل مسألة فيها ولد اذا كان فيهم خنثى قال شيخنا وهذا قول لا بأس به وذهب اكثر من ورثه نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى فتعمل المسئلة على انه ذكر ثم على انه انثى

فصاروا ثلاثة ومسئلة الاقرار اذا من ثلاثة ومسئلة الانكار من أربعة فتضرب مسئلة الاقرار في مسئلة الانكار تكن اثني عشر للاصغر سهم من مسئلة الانكار في مسئلة الاقرار أربعة وللاكبر سهم في مسئلة الانكار ثلاثة والمتفق عليه إن أقر بصاحبه مثل سهم الاكبر وإن أنكر مثل سهم الاصغر. وذكر أبو الخطاب أن المتفق عليه إن صدق بصاحبه لم يأخذ من المنكر إلا ربع ما في يده لانه لا يدعي أكثر منه ويأخذ هو والمختلف فيه من الاكبر نصف ما بيده فتصح من ثمانية المنكر ثلاثة أثمان وللمقر سهمان وللمتفق عليه سهمان وللآخر سهم

وذكر ابن اللبان أن هذا قياس قول مالك والشافعي رضي الله عنه وفي هذا نظر لان المنكر يقر أنه لا يستحق إلا الثلث وقد حضر من يدعي الزيادة فوجب دفعها اليه ونظير هذا مالو ادعى انسان داراً في يد رجل فأقر بها لغيره فقال المقر له انما هي لهذا المدعي فانها تدفع اليه

وقد رد الخبري على ابن اللبان هذا القول وقال على هذا يبقى مع المنكر ثلاثة أثمان وهو لا يدعي إلا الثلث وقد حضر من يدعي هذه الزيادة ولا منازع له فيها فيجب دفعها اليه قال والصحيح أن يضم المتفق عليه السدس الذي يأخذه من المقر به فيضمه إلى النصف الذي بيد المقر بهما فيقسمانه أثلاثا وتصح من تسعة للمنكر ثلاثة ولكل واحد من الآخرين سهمان وهذا قول أبي يوسف اذا تصادقا ولا يستقيم هذا على قول من لم يلزم المقر أكثر من الفضل عن ميراثه لان المقر بهما والمتفق عليه

وتضرب احداهما في الاخرى ان تباينتا أو في وفقها ان اتفقتا وبجتزيء باحداهما ان تماثلتا وبأكثرهما ان تناسبتا وتضربها في اثنين ثم تجمع مالكل واحد منهما ان تماثلتا وتضرب مالكل واحد من احداهما في الاخرى ان تباينتا أو في وفقها ان اتفقتا، وهذا اختيار أصحابنا ويسمى مذهب المنزلين، وقول الثوري يوافق قول أصحابنا في بعض المواضع ويخالفه في بعضها، وبيان اختلافهما انا نجعل المسئلة المذكورة على قول الثوري من تسعة للخنثى الثلث وهو ثلاثة، وعلى قول أصحابنا مسئلة الذكورية من خمسة والانوثية من أربعة ولا موافقة بينهما نضرب احداهما في الاخرى تكن عشرين ثم في اثنين تكن أربعين، للبنت سهم في خمسة وسهم في أربعة تسعة، وللذكر ثمانية عشر وللخنثى سهم في خمسة وسهمان في أربعة ثلاثة عشر وهي دون ثلث الاربعين، وقوله من ورثه بالدعوى فيما بقي بعد اليقين يوافق قول المنزلين في أكثر المواضع فانه يقول في هذه المسئلة للذكر الخمسان بيقين وذلك ستة عشر من أربعين وهو يدعي النصف عشرين وللبنت الخمس بيقين ثمانية وهي تدعي الربع وللخنثى الربع بيقين وهو يدعي الخمسين ستة عشر، والمختلف فيه ستة أسهم يدعيها الخنثى كلها فتعطيه نصفها ثلاثة مع العشرة التي معه صار له ثلاثة عشر والابن يدعي أربعة فتعطيه نصفها اثنين صار له ثمانية عشر والبنت تدعي سهمين فيدفع اليها سهما صار لها تسعة ومن ورثه بالدعوى من أصل المال فعلى قولهم يكون الميراث في هذه المسئلة من ثلاثة وعشرين لان المدعى ههنا

لاينقص ميراثه عن الربع ولم يحصل له على هذا القول إلا النقصان ، وقيل يدفع الاكبر اليهما نصف مافي يده ويأخذ المتفق عليه من الاصغر ثلث مافي يده فيحصل للاصغر الثلث وللاكبر الربع والمتفق عليه السدس والثمن والمختلف فيه الثمن وتصح من أربعة وعشرين للاصغر ثمانية والمتفق عليه سبعة وللاكبر ستة والمختلف فيه ثلاثة وفيها أقوال كثيرة سوى هذا

(فصل) اذا خلف ابنا فأقر بأخوين دفعة واحدة فتصادقا ثبت نسبهما وإن تجاحدا فكذلك في أحد الوجهين لانه نسبهما ثبت باقرار من هو كل الورثة قبلهما ، وفي الآخر لايثبت لان الاقرار بكل واحد منهما لم يصدر من كل الورثة ويدفع إلى كل واحد منهما ثلث مافي يده ، وإن صدق أحدهما بصاحبه وجحده الآخر ثبت نسب المتفق عليه : وفي الآخر وجهان ويدفع إلى كل واحد منهما ثلث مابقي في يده

(فصل) ولو خلف ثلاثة بنين فأقر أحدهم بأخ وأخت فصدقه أحد اخويه في الاخ والآخر في الاخت لم يثبت نسبهما ويدفع المقر بهما اليهما ثلث مافي يده ويدفع المقر بالاخ اليه ربع مافي يده ويدفع المقر بالاخت اليها سبع مافي يده فأصل المسئلة ثلاثة أسهم سهم المقر يقسم بينه وبينهما على تسعة فله ستة ولهما ثلاثة وسهم المقر بالاخ بينهما على اربعة له ثلاثة ولاخيه سهم وسهم المقر بالاخت بينه وبينها على سبعة له خمسة ولها سهم وكلها متباينة فاضرب اربعة في سبعة في تسعة

نصف وربع وخمسان ومخرجها عشرون يعطي الابن عشرة والبنت خمسة والخنثى ثمانية فتكون ثلاثة وعشرين فان لم يكن في المسئلة بنت ففي قول الثوري هي من سبعة وكذلك قول من ورثهما بالدعوى من أصل المال ، وفي التنزيل من اثني عشر للابن سبعة والخنثى خمسة وهو قول من ورثه بالدعوى فيما عدا اليقين وان كانت بنت وولد خنثى ولا عصبة معهما فهي من خمسة في قول الثوري ومن اثني عشر في التنزيل ، وان كان معهما عصبة فهي من ستة للخنثى ثلاثة والبنت سهمان والعصبة سهم في الاقوال الثلاثة فان كان معهما أم وعصبة فهي من ستة وثلاثين للام ستة والخنثى ستة عشر والبنت أحد عشر والعصبة ثلاثة وقياس قول الثوري أن يكون الخنثى والبنت ثلاثة أرباع المال بينهما على خمسة وللام السدس ويبقى نصف السدس للعصبة وتصح من ستين للام عشرة والعصبة خمسة والبنت ثمانية عشر والخنثى سبعة وعشرون فان كان ولد خنثى وعصبة فالخنثى ثلاثة أرباع المال والباقي للعصبة إلا في قول من ورثهما بالدعوى من أصل المال فانه يجعل المال بينهم اثلاثا لان الخنثى يدعي المال كله والعصبة تدعي نصفه فتضيف النصف إلى الكل فيكون ثلاثة أنصاف لكل نصف ثلث بنت وولد ابن خنثى وعم هي في التنزيل من اثني عشر وترجع بالاختصار إلى ستة للبنت النصف والخنثى الثلث والعم السدس

(فصل) فان كان الخنثى يرث في حال دون حال كزوج وأخت لابوين وولد أب خنثى فمقتضى

في اصل المسئلة تكن سبعمائة وستة وخمسين المقر بهما ستة في اربعة في سبعة مائة وثمانية وستون والمقر بالاخت ستة في اربعة في تسعة مائتان وستة عشر والمقر بالاخ ثلاثة في سبعة في تسعة مائة وتسعة وثمانون وللاخ المقر به سهمان في اربعة في سبعة ستة وخمسون وسهم في ستة في تسعة ثلاثة وستون فيجتمع له مائة وتسعة عشر وللاخت سهم في اربعة في سبعة ثمانية وعشرون وسهم في اربعة في تسعة ستة وثلاثون يجتمع لها اربعة وستون ولا فرق بين تصادقهما وتجاحدهما لانه لافضل في يد احدهما عن ميراثه ولو كان في هذه المسئلة ابن رابع لم يصدقه في واحدمنهما كان اصل المسئلة من اسهم على احد عشر وسهم على تسعة وسهم على خمسة وسهم ينفرد به الجاحد فتصح المسئلة من الف وتسعمائة وثمانين سهما وطريق العمل فيها كالتي قبلها

(فصل) إذا خلف بنتا وأختا فأقرتا بصغيرة فقالت البنت هي أخت وقالت الاخت هي بنت فلها ثلث ما في يد الاخت لاغير، وهذا قول ابن أبي ليلى ولمحمد بن الحسن واللؤلؤي ويحيى بن آدم تخبيط كثير يطول ذكره، وان خلف امرأة وبنتا وأختا فأقررن بصغيرة فقالت المرأة هي امرأة وقالت البنت هي بنت وقالت الاخت هي أخت فقال الخبري تعطى ثلث المال لانه أكثر مايمكن أن يكون لها ويؤخذ من المقرات على حسب إقرارهن وقد أقرت لها البنت بأربعة أسهم من أربعة وعشرين واقرت لها الاخت بأربعة ونصف وأقرت المرأة بسهم ونصف وذلك عشرة أسهم منها ثمانية وهي أربعة أخماسها تخذ لها من كل واحدة أربعة أخماس ما أقرت لها به واضرب المسئلة في خمسة تكن مائة وعشرين

قول الثوري أن يجعل للخنثى نصف مايرثه في حال ارثه وهو نصف سهم فضمه إلى سهام الباقين وهي ستة تبسطها انصافا ليزول الكسر فتصير ثلاثة عشر له منها سهم والباقي بين الزوج والاخت نصفين وقد عمل ابو الخطاب هذه المسئلة على هذا في كتاب الهداية، وأما التنزيل فيصح من ثمانية وعشرين للخنثى سهمان وهي نصف سبع ولكل واحد من الآخرين ثلاثة عشر وإن كان زوج وأم واخوان من أم وولد أب خنثى فله في حال الانوثية ثلاثة من تسعة فاجعل له نصفها مضموما إلى سهام باقي المسئلة ثم ابسطها تكن خمسة عشر له منها ثلاثة وهي الخمس وفي التنزيل له ستة من ستة وثلاثين وهي السدس، وإن كانت بنت وبنت ابن وولد أخ خنثى وعم فهي من ستة للبنت النصف ولبنت الابن السدس وللخنثى السدس وللعم مابقي على القولين جميعا

(فصل) قال الخبري اعلم أن الذين يكونون خناثى من الورثة ستة . الولد وولد الابن والاخ وولده والعم وولده فأما الزوجان والابوان والجدان فلا يتصور ذلك فيهم . فالخلاف يقع في ثلاثة لاغير الولد وولد الابن والاخ فاما الثلاثة الاخر فليس للاناث منهم ميراث فيكون للخنثى منهم نصف ميراث ذكر بلا خلاف

﴿ مسئلة ﴾ (فان كانا خنثيين أو أكثر نزلتهم بعدد أحوالهم في أحد الوجهين فتجعل للاثنين أربعة أحوال وللثلاثة ثمانية وللاربعة ستة عشر وللخمسة اثنين وثلاثين حالا ثم تجمع مالهم في الاحوال كلها

ومنها تصح فاذا بلغت الصغيرة فصدقت إحداهن أخذت منها تمام ماأقرت لها به وردت على الباقيتين ما أخذته مما لا تستحقه وهذا قول أبي حنيفة وقال ابن ابي ليلى يؤخذ لها من كل واحدة ما أقرت لها به وإذا بلغت فصدقت إحداهن أمسكت ما اخذ لها منها وردت على الباقيتين الفضل الذي لا تستحقه عليها، وهذا القول أصوب إن شاء الله تعالى لان فيه احتياطا على حقها. ثلاثة اخوة لاب ادعت امرأة أنها اخت الميت لابيه وأمه فصدقها الاكبر وقال الاوسط هي أخت لام وقال الاصغر هي أخت لاب فان الاكبر يدفع اليها نصف مافي يده ويدفع اليها الاوسط سدس ما في يده ويدفع اليها الاصغر سبع مافي يده، وتصح من مائة وستة وعشرين لان اصل مسائلهم ثلاثة فمسئلة الاكبر من اثنين والثاني من ستة والثالث من سبعة والاثنان تدخل في الستة فتضرب ستة في سبعة تكن اثنين واربعين فهذا ما في يد كل واحد منهم فتأخذ من الاكبر نصفه أحدا وعشرين ومن الاوسط سدسه سبعة ومن الاصغر سبعه ستة صار لها أربعة وثلاثون، وهذا قياس قول ابن ليلى وفي قول أبي حنيفة تأخذ سبع ما في يد الاصغر فيضم نصفه الى مابيد أحدهما ونصفه إلى مابيد الآخر ويقاسم الاوسط على ثلاثة عشر له عشرة ولها ثلاثة فيضم الثلاثة إلى مابيد الاكبر ويقاسمه مابيده على أربعة لها ثلاثة وله سهم فاجعل في يد الاصغر اربعة عشر ليكون لسبعه نصف صحيح واضربها في ثلاثة عشر تكن مائة واثنين

فتقسمه على عدد أحوالهم فالخارج بالقسم فهو لهم إن كانوا من جهة واحدة وان كانوا من جهات جمعت ما لكل واحد منهم في الاحوال وقسمته على عدد الاحوال كلها فالخارج بالقسم هو نصيبه. هذا قول ابن أبي ليلى وضرار ويحيى بن آدم، وقول محمد بن الحسن على قياس قول الشعبي والوجه الآخر أنهم ينزلون حالين مرة ذكوراً ومرة اناثا كما يصنع في الواحد وهو قول أبي يوسف واختاره ابو الخطاب والاول أولى لانه يعطي كل واحد بحسب مافيه من الاحتمال فيعدل بينهم، وفي الوجه الآخر يعطي ببعض الاحتمالات دون بعض وهذا تحكم لادليل عليه، وبيان ذلك في ولد خنثى وولد أخ خنثى وعم ان كانا ذكرين فالمال للولد، وان كانا أنثيين فللبنت النصف والباقي للعم فهي من أربعة عند من نزلهم حالين للولد ثلاثة أرباع المال وللعم ربعه، ومن نزلهم أحوالا زاد حالين آخرين، هو أن يكون الولد وحده ذكراً وولد الاخ وحده ذكراً فتكون المسئلة من ثمانية للولد المال في حالين والنصف في حالين فله ربع ذلك وهو ثلاثة أرباع المال ولولد الاخ نصف المال في حال فله ربعه وهو الثمن وللعم مثل ذلك وهذا أعدل، ومن قال بالدعوى فيما زاد على اليقين قال للولد النصف يقينا والنصف الآخر يتداعونه فيكون بينهم اثلاثا، وتصح من ستة وكذلك الحكم في أخ خنثى وولد أخ، وفي كل عصبتين يحجب أحدهما الآخر ولا يرث المحجوب شيئا اذا كان أنثى ولو خلف بنتا وولد أم خنثى وولد ابن خنثى وعصبة فمن نزلها حالين جعلها من ستة الولد الخنثى ثلاثة والبنت

وثمانون فهذا ما بيد كل واحد منهم تأخذ من الاصغر سبعه وهو ستة وعشرون تضم إلى ما بيد كل واحد من اخوته ثلاثة عشر فيصير معهم مائة وخمسة وتسعون وتأخذ من الاوسط منها ثلاثة من ثلاثة عشر وهي خمسة واربعون تضمها الى ما بيد الاكبر يصير معه مائتان واربعون فتأخذ ثلاثة اورباعها وهي مائة وثمانون ويبقى له ستون ويبقى للاوسط مائة وخمسون وللاصغر مائة وستة وخمسون وترجع بالاختصار إلى سدسها وهو احد وتسعون

(فصل) وإذا خلف ابنا فأقر بأخ ثم جحده لم يقبل جحده ولزمه أن يدفع اليه نصف ما بيده فلن اقر بعد جحده بآخر احتمل ان لا يلزمه له شيء لانه لافضل في يده عن ميراثه ، وهذا قول ابن ابي ليلى، فان كان لم يدفع الى الاول شيئا لزمه ان يدفع اليه نصف مابيده ولا يلزمه للآخر شيء ويحتمل أن يلزمه دفع النصف الباقي كله إلى الثاني لانه فوته عليه وهذا قول زفر وبعض البصريين ويحتمل ان يلزمه ثلث مافي يده للثاني لانه الفضل الذي في يده على تقدير كونهم ثلاثة فيصير كما لو اقر من غير جحد الاول وهذا احد الوجوه لاصحاب الشافعي رضي الله عنه وقال اهل العراق إن كان دفع الى الاول بقضاء دفع إلى الثاني نصف ما بقي في يده وان كان دفعه بغير قضاء دفع إلى الثاني ثلث جميع المال وان خلف ابنين فاقر احدهما بأخ ثم جحده ثم أقر بآخر لم يلزمه للثاني شيء لانه لافضل في يده، وعلى الاحتمال الثاني يدفع اليه نصف مابقي في يده وعلى الثالث يلزمه ربع مابقي في يده ولا يثبت نسب واحد منهما في هذه الصورة ويثبت نسب المقر به الاول في المسئلة الاولى دون الثاني

(فصل) اذا مات رجل وخلف ابنين فمات أحدهما وترك بنتا فأقر الباقي بأخ له من أبيه ففي يده

سهمان والباقي للعم، ومن نزلها أربعة أحوال جعلها من اثني عشر وجعل لولد الابن نصف السدس وللعم مثليه ، وهذا أعدل الطريقين لما في الطريق الآخر من اسقاط ولد الابن مع أن احتمال توريثه كاحتمال توريث العم وهكذا تصنع في الثلاثة وما زاد ويكفي هذا القدر من هذا الباب فانه نادر قل ما يحتاج اليه واجتماع خنثيين وأكثر نادر النادر ولم يسمع بوجوده فلا حاجة الى التطويل فيه

(فصل) قال شيخنا (وقد وجدنا في عصرنا شيئا شبيها بما يذكره الفرضيون ولم يسمعوا به فانا وجدنا شخصين ليس لهما في قبلها مخرج ولا ذكر ولا فرج اما أحدهما فذكروا أنه ليس له في قبله الا لحمة نابتة كالربوة ويرشح البول منها رشحا على الدوام وأرسل الينا يسألنا عن الصلاة والتحرز من النجاسة في سنة عشر وستمائة ، والثاني ليس له الا مخرج واحد فيما بين المخرجين منه يتغوط ومنه يبول وسألت من أخبرني عنه عن زيه فأخبرني أنه يلبس لباس النساء ويخالطهن ويغزل معهن ويعد نفسه امرأة ، قال وحدثت أن في بلاد العجم شخصا ليس له مخرج أصلا لا قبل ولا دبر وانما يتقيأ ما يأكله ويشربه فهذا وما أشبهه في معنى الخنثى لكنه لا يمكن اعتباره بمباله فان لم يكن له علامة أخرى فهو مشكل ينبغي أن يثبت له حكمه في ميراثه وأحكامه كلها والله أعلم

ثلاثة أرباع المال وهو يزعم أن له ربعا وسدسا فيفضل في يده ثلث يرده على المقر به، وان أقرت به لبنت وحدها ففي يدها الربع وهي تزعم أن لها السدس يفضل في يدها نصف السدس تدفعه إلى المقر له وهذا قول ابن أبي ليلى، وقال ابو حنيفة ان أقر الاخ دفع اليه نصف ما في يده، وإن أقرت لبنت دفعت اليه خمسة أسباع ما في يدها لانها تزعم أن له ربعا وسدسا وهو خمسة من اثنى عشر ولها السدس وهو سهمان فيصير الجميع سبعة لها منهما سهمان وله خمسة. بنتان وعم ماتت إحداهما وخلفت ابنا وبنتا فأقرت البنت بخالة نفريضة الانكار من تسعة وفريضة الاقرار من سبعة وعشرين لها منها سهمان وفي يدها ثلاثة فتدفع اليها سهما، وإن أقر بها الابن دفع اليها سهمين وان أقرت بها لبنت الباقية دفعت اليها التسع وان أقر بها العم لم يدفع اليها شيئا، وان أقر الابن بخال له فمسئلة الاقرار من اثنى عشر له منها سهمان وهما السدس يفضل في يده نصف تسع وان أقرت به أخته دفعت اليه ربع تسع فان أقرت به البنت الباقية فلها الربع وفي يدها الثلث فتدفع اليه نصف السدس وان أقر به العم دفع اليه جميع ما في يده. ابنان مات أحدهما عن بنت ثم أقر الباقي منهما بام لأبيه ففريضة الانكار من أربعة المقر منها ثلاثة أرباعها وفريضة الاقرار من اثنين وسبعين المقر منها أربعون يفضل في يده أربعة عشر سهما يدفعها إلى المرأة التي أقر لها، وترجع بالاختصار إلى ستة وثلاثين للمقر منها عشرون وللبنت تسعة وللمقر لها سبعة، ومذهب أبي حنيفة تعمل كذلك إلا أنه يجمع سهام الام وهي سبعة

﴿ باب ميراث الغرقى ومن عُمّيَ موتهم ﴾

إذا مات متوارثان كالغرقى والهدمى وجهل أولهما موتا واختلفت ورثتهما في السابق منهما فقد نقل عن أحمد رحمه الله في امرأة وابنها ماتا فقال زوجها ماتت فورثناها ثم مات ابني فورثته، وقال أخوها مات ابنها فورثته ثم ماتت فورثناها أنه يحلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه ويكون ميراث الابن لابيه وميراث المرأة لاخيها وزوجها نصفين ذكرها الخرقي، وهذا يدل على أن ميراث كل ميت يقسم على الاحياء من ورثته دون من مات معه روي ذلك عن أبي بكر الصديق وزيد وابن عباس والحسن بن علي رضي الله عنهم، وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو الزناد والزهري والاوزاعي ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وروي ذلك عن عمر والحسن البصري وراشد بن سعد وحكيم ابن عمير وعبد الرحمن بن عوف فيحتمل أن يكون ما روي عن احمد في المسئلة التي ذكرها الخرقي أن يجعل هذا رواية عنه في جميع مسائل الباب، ويحتمل أن يكون هذا قوله فيما إذا ادعى وارث كل ميت أن موروثه كان آخرهما موتا فأما مع الجهل فيورث كل واحد منهما من الآخر لان مع التداعي يتوجه اليمين على المدعى عليه فيحلف على ابطال دعوى صاحبه ويتوفر الميراث له كما في سائر الحقوق بخلاف ما اذا اتفقوا على الجهل فلا يتوجه اليمين لان اليمين لا يشرع في موضع اتفقوا على الجهل به،

عشر إلى سهام المقر وهي أربعون فتقسم عليها ثلاثة أرباع المال فما أصاب كل واحد فهو له فتضرب سبعة وخمسين في أربعة تكن مائتين وثمانية وعشرين فللبنت سهم في سبعة وخمسين وللمقر أربعون في ثلاثة تكن مائة وعشرين وللأم سبعة عشر في ثلاثة أحد وخمسون، وان أقرت بها البنت فلها من فريضة الاقرار خمسة عشر سهما وفي يدها الربع وهو ثمانية عشر يفضل في يدها ثلاثة تدفعها الى المقر لها .وان أقر الابن بزوجة لابيه وهي أم الميت الثاني فمسئلة الاقرار من ستة وتسعين لها منها ستة وخمسون وفي يده ثلاثة أرباع يفضل معه ستة عشر سهما يدفعها الى المقر لها ويكون له ستة وخمسون ولها ستة عشر وللبنت أربعة وعشرون وترجع بالاختصار الى اثنى عشر لان سهامهم كلها تتفق بالأثمان فيكون للمقر سبعة وللمقر لها سهمان وللبنت ثلاثة ، وفي قول أبي حنيفة يضم سهام المقر لها وهي تسعة عشر الى سهام المقر فتكون خمسة وسبعين وتقسم عليها ثلاثة الارباع وهما يتفقان بالاثلاث فترجع السهام الى ثلثها خمسة وعشرين تضرب بها في أربعة تكن مائة للبنت سهم في خمسة وعشرين وللمرأة تسعة عشر في سهم وللمقر ستة وخمسون، وما جاء من هذا الباب فهذا طريق له. ابوان وابنتان اقتسموا التركة ثم اقروا ببنت للميت فقالت قد استوفيت نصيبي من تركة ابي فالفريضة في الاقرار من ثمانية عشر للابوين ستة ولكل بنت اربعة فأسقط منها نصيب البنت المقر بها يبقى اربعة عشر للابوين منها ستة وإنما اخذا ثلث الاربعة عشر وذلك اربعة اسهم وثلثا سهم فيبقى لهما في يد البنتين

وظاهر المذهب ان كل واحد منهما يرث صاحبه من تلاد ماله دون ما ورثه من الميت معه .فيقدر أحدهما مات أولا ويورث الآخر منه ثم يقسم ما ورثه على الاحياء من ورثته ثم يصنع بالثاني كذلك قال أحمد اذهب الى قول عمر وعلي وشريح وابراهيم والشعبي هذا قول من ذكره الامام أحمد وهو قول اياس بن عبد الله المزني وعطاء والحسن وحميد الاعرج وعبد الله بن عتبة وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم واسحاق وحكي ذلك عن ابن مسعود.قال الشعبي وقع الطاعون بالشام عام عمواس فجعل اهل البيت يموتون عن آخرهم فكتب في ذلك الى عمر رضي الله عنه فكتب عمر:أن ورثوا بعضهم من بعض ، ووجه الرواية الاولى ما روى سعيد قال ثنا اسماعيل بن عياش عن يحيى بن سعيد ان قتلى اليمامة وقتلى صفين والحرة لم يورث بعضهم من بعض ورثوا عصبتهم الاحياء وقال ثنا عبد العزيز بن محمد عن جعفر بن محمد عن أبيه أن أم كلثوم بنت علي توفيت هي وابنها زيد ابن عمر فالتقت الصيحتان في الطريق فلم يدر أيهما مات قبل صاحبه فلم ترثه ولم يرثها ،وأن اهل صفين واهل الحرة لم يتوارثوا ، ولان شرط التوارث حياة الوارث بعد موت الموروث وليس بمعلوم فلا يثبت التوريث مع الشك في شرطه ولانه مشكوك في حياته حين موت موروثه فلم يرثه كالحمل إذا وضعته ميتا ولان توريث كل واحد منهما خطأ قطعا لانه لايخلو من أن يكون موتهما معا أو يسبق أحدهما ، وتوريث السابق بالموت والميت معه خطأ يقينا مخالف للاجماع فكيف يعمل به؟.فان قيل فى

سهم وثلث يأخذانها منهما فاضرب ثلاثة في اربعة عشر تكن اثنين واربعين قد اخذ الابوان اربعة عشر وهما يستحقان ثمانية عشر يبقى لهما أربعة يأخذانها منهما ويبقى للابنتين اربعة وعشرون وان قالت قد استوفيت نصف نصيبي فاسقط سهمين من ثمانية عشر يبقى ستة عشر قد اخذا ثلثها خمسة وثلثا ويبقى لهما ثلثا سهم فاذا ضربتها في ثلاثة كانت ثمانية واربعين قد اخذا منها ستة عشر يبقى لهما سهمان

(فصل) اذا أقر بعض الورثة ممن أعيلت له المسئلة بمن يعصبه فيذهب العول مثل مسئلة فيها زوج وأختان اقرت احداهما باخ لها فاضرب مسئلة الاقرار وهي ثمانية في مسئلة الانكار وهي سبعة تكن ستة وخمسين للمنكرة سهمان في مسئلة الاقرار ستة عشر والمقرة سهم في مسئلة الانكار سبعة يفضل في يدها تسعة أسهم فيسئل الزوج فان أنكر أعطي ثلاثة في ثمانية أربعة وعشرون ودفعت المقرة إلى المقر له مافضل في يدها كله وإن أقر الزوج به فهو يدعي أربعة والاخ يدعي أربعة عشر فتجمعها تكن ثمانية عشر وتقسم عليها التسعة فتدفع إلى الزوج سهمين والى الاخ سبعة ، فان أقرت الاختان به وأنكر الزوج دفع الى كل أخت سبعة وإلى الاخ اربعة عشر ويبقى اربعة يقران بها للزوج وهو ينكرها ففيه ثلاثة اوجه (احدها) ان تقر في يد من هي في يده لان اقراره بطل لعدم تصديق المقر له

قطع التوريث قطع توريث المسبوق بالموت وهو خطأ أيضا قلنا هذا غير متيقن لانه يحتمل موتهما معاً فلا يكون منهما مسبوق ، وقد احتج أصحابنا لتلك الرواية بما روى اياس ابن عبد الله المزني أن النبي ﷺ سئل عن قوم وقع عليهم بيت فقال يرث بعضهم بعضا ، قال شيخنا والصحيح أن هذا إنما هو عن إياس نفسه وأنه هو المسؤول وليس برواية عن النبي ﷺ هكذا رواه سعيد في سننه وحكاه الامام أحمد وقال أبو ثور وابن شريح وطائفة من البصريين يعطى كل وارث اليقين ويوقف المشكوك فيه حتى يتبين الامر أو يصطلحوا وقال الخبري هذا هو الحكم فيما إذا علم موت أحدهما قبل الآخر ولم يذكر فيه خلافا

(مسئلة) قال (فلو غرق اخوان احدهما مولى زيد والآخر مولى عمرو فمن لم يورث أحدهما من صاحبه جعل ميراث كل واحد لمولاه وهو أحسن)

ومن ورث أحدهما من الآخر جعل ما لكل واحد منهما لمولى الآخر ومن قال بالوقف وقف مالهما ، وإن ادعى كل واحد منهما أن مولاه آخرهما موتا حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى الآخر وأخذ مال مولاه على ما ذكره الخرقي، وان كان لهما أخت فمن ورث كل واحد منهما من صاحبه جعل لها الثلثين من مال كل واحد منهما والنصف على القول الثاني ، وان خلف كل واحد منهما بنتا وزوجة فمن لم يورث بعضهم من بعض صححها من ثمانية لامرأته الثمن ولابنته النصف والباقي لمولاه ومن ورثهم جعل الباقي لاخيه ثم قسمه بين ورثة أخيه على ثمانية ثم ضربها في الثمانية الاولى فصحت من

(والثاني) يصطلح عليها الزوج والاختان له نصفها ولهما نصفها لانها لاتخرج عنهم ولا شيء فيها للاخ لانه لايحتمل ان يكون له فيها شيء بحال

(الثالث) يؤخذ إلى بيت المال لانه مال لم يثبت له مالك ومذهب ابي حنيفة رضي الله عنه في الصورة الاولى ان أنكر الزوج أخذت المقرة سهميها من سبعة فتقسمها بينها وبين أختها على ثلاثة فتضرب ثلاثة في سبعة تكن احدا وعشرين لهما منها ستة لها سهمان ولاختها اربعة ، وان اقر الزوج ضم سهامه الى سهميهما تكن خمسة واقتسماها بينهم على سبعة للزوج اربعة وللاخ سهمان وللاخت سهم ثم تضرب سبعة في سبعة تكن تسعة واربعين ومنها تصح للمنكرة سهمان في سبعة اربعة عشر وللزوج اربعة في خمسة وللاخ سهمان في خمسة وللمقرة سهم في خمسة، فان خلفت اما زوجا واختا من اب فأقرت الأخت بأخ لها فمسئلة الانكار من ثمانية ومسئلة الاقرار من ثمانية عشر ويتفقان بالأنصاف فاضرب نصف احداهما في الأخرى تكن اثنين وسبعين للام ثمانية عشر وفي يد المقر سبعة وعشرون ولها من مسئلة الاقرار ثمانية يفضل في يدها تسعة عشر فيسئل الزوج فان أنكر أخذ الاخ ستة عشر وبقيت ثلاثة أسهم فيها الأوجه الثلاثة ، وان أقر فهو يدعي تسعة لانه يدعي تمام النصف والأخ يدعي ستة عشر فتضم القسمة الى الستة عشر تكن خمسة وعشرين والتسعة عشر لاتوافقها فتضرب

أربعة وسبعين لامرأته ثمانية ولابنته اثنان وثلاثون ولامرأة أخيه ثمن الباقي ثلاثة ولابنته اثنا عشر ولمولاه الباقي تسعة: أخ وأخت غرقا ولها أم وعم وزوجان فمن ورث كل واحد منهما من صاحبه جعل ميراث الاخ بين امرأته وأمه واخته على ثلاثة عشر فما أصاب الاخت منها فهو بين زوجها وأمها وأمها وعمها على ستة فصحت المسئلتان من ثلاثة عشر لامرأة لاخ ثلاثة ولزوج لاخت ثلاثة وللام أربعة بميراثها من لاخ واثنان بميراثها من الاخت وللعم سهم وميراث الاخت بين زوجها وأمها وأخيها على ستة لاخيها سهم بين امرأته وأمه وعمه على اثنى عشر تضربها في الاولى تكن اثنين وسبعين والضرر في هذا القول على من يرث من أحد الميتين دون الآخر والنفع لمن يرث منهما : ثلاثة اخوة لابوين غرقوا ولهم أم وعصبة نقدر موت أحدهم أولا فلامه السدس والباقي لاخويه فتصح من اثنى عشر لكل واحد من اخوته خمسة بين أمه وعصبته على ثلاثة فتضربها في الاولى تكن ستة وثلاثين للام من ميراث الاول ستة ومما ورثه كل واحد من الاخوين خمسة فصار لها ستة عشر والباقي للعصبة ولها من ميراث كل واحد من الاخوين مثل ذلك ذكر هذه المسئلة أبو بكر. ثلاثة اخوة مفترقين غرقوا وخلف كل واحد منهم أخته لابويه فقدر موت الاخ من الابوين أولا عن اخته من ابويه واخوته من ابيه واخوته من أمه فصحت مسئلته من ثمانية عشر لاخيه من أمه منها ثلاثة بين أخته من أبويه وأخته من أمه على أربعة وأصاب الاخ منها اثنان بين اخيه من أبويه وأخيه من أبيه على اربعة فتجتزيء بإحداهما وتضربها في الاخرى تكن اثنين وسبعين ثم قدر موت الاخ من الام عن أخت لابوين وأخ

خمسة وعشرين في اثنين وسبعين تكن الفا وثمانمائة ثم كل من له شيء من اثنين وسبعين مضروب في خمسة وعشرين ومن له شيء من خمسة وعشرين مضروب في تسعة عشر، وسئل المغيرة الضبي عن هذه المسألة فأجاب بهذا وذكر أنه قول النخعي، قال يحيى بن آدم وهي في قول حماد وأبي حنيفة من عشرين سهما يعني للام ربعها خمسة والباقي بين الزوج والاخ والاخت على قدر سهامهم من فريضة الاقرار للزوج تسعة وللأخ أربعة وللاخت سهمان، وان صدقتها الام وحدها دون الزوج أعطيت الام السدس والاخ والاخت الثلث بينهما على ثلاثة والزوج ثلاثة أثمان ويبقى الثمن فيه الأوجه الثلاثة

(فصل) وان أقر وارث بمن لا يرث ويسقط به ميراثه كأخت من أب أقرت بأخ لها في مسئلة فيها زوج وأخت من أبوين أو أقرت بأخ من أبوين سقط ميراثها ويقسم المال بين الزوج والاخت نصفين ان صدقاها في الصورة الاولى وفي الثانية للزوج النصف والباقي بين الاخ والاخت على ثلاثة وان كذباها فالمقر به هو السبع ففيه الاوجه الثلاثة في الصورة الاولى ويدفع الى الابوين في الصورة الثانية، وان خلفت زوجا وأما وأختين لأم وأختين لاب فأقرت إحداهما بأخ لها سقط ميراثها ولا شيء للاخ وللاخرى خمس المال والباقي بين سائر الورثة على ستة ان أقروا فاضرب ستة في خمسة

وأخت من ام فمسئلته من خمسة، مات أخوه لامه عن ثلاث أخوات مفترقات وهي من خمسة أيضا تضربها في الاولى تكن خمسة وعشرين ثم قدر موت الاخ من الاب عن أخته لابويه وأخ وأخت لابيه فهي من ستة ثم مات أخوه لابيه عن ثلاث أخوات مفترقات فهي من خمسة تضربها في الاولى تكن ثلاثين فان خلف بنتا وأخوين فلم يقتسموا التركة حتى غرق الاخوان وخلف أحدهما زوجة وبنتا وعما وخلف الآخر ابنين وابنتين الاولى من أربعة مات أحدهما عن سهم ومسئلته من ثمانية لاخيه منها ثلاثة بين أولاده على ستة رجعوا إلى اثنين تضربها في ثمانية تكن ستة عشر وفريضة الآخر من ستة يتفقان بالنصف فاضرب نصف احداهما في الاخرى تكن ثمانية واربعين ثم في أربعة تكن مائة واثنين وتسعين للبنت نصفها ولاولاد الاخ عن ابيهم ربعها وعن عمهم ثمانية عشر اجتمع لهم ستة وستون ولامرأة الاخ ستة ولبنته اربعة وعشرون

(فصل) وان علم أنهما ماتا معا في حال واحدة لم يرث أحدهما صاحبه وورث كل واحد الاحياء من ورثته لان توريثه مشروط بحياته بعده وقد علم انتفاء ذلك وإن علم أن احدهما مات قبل صاحبه بعينه ثم اشكل إعطي كل وارث اليقين ووقف الباقي حتى يتبين الامر أو يصطلحوا قال القاضي وقياس المذهب أن يقسم على سبيل ميراث الغرقى الذين جهل حالهم والله أعلم.

﴿ باب ميراث أهل الملل ﴾

(لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم) اجمع أهل العلم على ان الكافر لا يرث المسلم وقال جمهور الصحابة والفقهاء لا يرث المسلم الكافر روى ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وأسامة بن زيد وجابر بن

تكن ثلاثين ، وان أنكرت الام فلها العشر أيضا والباقي بين الزوج والاختين من الام على خمسة وإن أنكرته الاختان من الام فلهما الخمس أيضا والباقي كله للزوج وتصح من عشرة وان انكره الزوج فله خمس وعشر فيبقى خمس المال لا يدعيه أحد يقرون به للاخت المقرة وهي تقر به لهم ففيه الاوجه الثلاثة الا أننا إذا قلنا يقسم بينهم فلا شيء فيه للاخت المنكرة ولا للمقر به بحال لانه لا يحتمل ان يكون لهما شيء بحال

(فصل) امرأة وعم ووصى لرجل بثلث ماله فأقرت المرأة والعم انه أخو الميت وصدقهما ثبت نسبه وأخذ ميراثه ، وان أقرت به المرأة وحدها فلم يصدقها المقر به لم يؤثر اقرارها شيئا وان صدقها الاخ وحده فللمرأة الربع بكماله إلا أن يجيز الوصية وللعم النصف ويبقى الربع يدفع إلى الوصي ، وان صدقها العم ولم يصدقها الوصي فله الثلث وللمرأة الربع والباقي يقر به العم لمن لا يدعيه ففيه الاوجه الثلاثة ، وان أقر به العم وحده فصدقه الموصى له أخذ ميراثه وهو ثلاثة أرباع المال وللمرأة السدس ويبقى نصف السدس فيحتمل أن يكون لها لان الموصى له يعترف ببطلان الوصية أو وقوفها على إجازة المرأة ولم تجزها ، ويحتمل أن يكون فيه الاوجه الثلاثة وان لم يصدقه اخذ الثلث بالوصية والمرأة السدس بالميراث ويبقى النصف فيه الاوجه الثلاثة

عبدالله رضي الله عنهم ، وبه قال عمرو بن عثمان وعروة و لزهري وعطاء وطاوس والحسن وعمر بن عبدالعزيز وعمرو بن دينار والثوري وابو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي وعامة الفقهاء وعليه العمل وروي عن عمر ومعاذ ومعاوية رضي الله عنهم أنهم ورثوا المسلم من الكافر ولم يورثوا الكافر من المسلم وحكي ذلك عن محمد بن الحنفية وعلي بن الحسين وسعيد بن المسيب ومسروق وعبدالله بن معقل والشعبي والنخعي ويحيى بن يعمر وأسحاق وليس بموثوق به عنهم فان احمد قال : ليس بين الناس اختلاف في أن المسلم لا يرث الكافر ، وروي أن يحيى بن يعمر احتج لقوله فقال : حدثني ابو الاسود أن معاذاً حدثه أن رسول الله ﷺ قال « الإسلام يزيد ولا ينقص » ولانا ننكح نساءهم ولا ينكحون نساءنا فكذلك نرثهم ولا يرثونا

ولنا ماروى أسامة بن زيد عن النبي ﷺ أنه قال « لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر » متفق عليه ولان الولاية منقطعة بين المسلم والكافر فلم يرثه كما لا يرث الكافر المسلم ، فأما حديثهم فيحتمل أنه أراد أن الاسلام يزيد بمن يسلم وبما يفتح من البلاد لاهل الاسلام ولا ينقص بمن يرتد لقلة من يرتد وكثرة من يسلم وعلى أن حديثهم مجمل وحديثنا مفسر وحديثنا أصح فيتعين تقديمه « والصحيح أنه قال لا نرث أهل الملل ولا يرثوننا » وقال في عمة الاشعث « يرثها أهل دينها »

﴿ مسئلة ﴾ (الا أن يسلم قبل قسم الميراث فيرثه وعنه لا يرث)

اختلفت الرواية فيمن أسلم قبل قسم ميراث مورثه المسلم فنقل الاثرم ومحمد بن الحكم أنه يرث وروي نحو هذا عن عمر وعثمان والحسن بن علي وابن مسعود رضي الله عنهم ، وبه قال جابر بن زيد

﴿ مسئلة ﴾ قال (والقاتل لا يرث المقتول عمدا كان القتل أو خطأ)

أجمع أهل العلم على أن قاتل العمد لا يرث من المقتول شيئا إلا ما حكي عن سعيد بن المسيب وابن جبير انهما ورثاه وهو رأي الخوارج لان آية الميراث تتناوله بعمومها فيجب العمل بها فيه ولا تعويل على هذا القول لشذوذه وقيام الدليل على خلافه فان عمر رضي الله عنه أعطى دية ابن قتادة المدحجي لاخيه دون أبيه وكان حذفه بسيفه فقتله واشتهرت هذه القصة بين الصحابة رضي الله عنهم فلم تنكر فكانت إجماعا ، وقال عمر سمعت رسول الله ﷺ يقول « ليس لقاتل شيء » رواه مالك في موطئه والامام أحمد باسناده ، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ نحوه رواه ابن اللبان باسناده ورواهما ابن عبد البر في كتابه

وروى ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ « من قتل قتيلا فانه لا يرثه وان لم يكن له وارث غيره وان كان والده أو ولده فليس لقاتل ميراث » رواه الامام أحمد باسناده ولان توريث القاتل يفضي الى تكثير القتل لان الوارث ربما استعجل موت موروثه ليأخذ ماله كما فعل الاسرائيلي الذي قتل عمه فأنزل الله تعالى فيه قصة البقرة ، وقيل ماورث قاتل بعد عاميل وهو اسم

والحسن ومكحول وقتادة وحميد واياس بن معاوية واسحاق فعلى هذا ان أسلم قبل قسم بعض المال ورث مما بقي وبه قال الحسن ونقل ابو طالب فيمن أسلم بعد الموت : لايرث قد وجبت المواريث لاهلها وهو المشهور عن علي رضي الله عنه وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس والزهري وسليمان ابن يسار والنخعي والحكم وأبو الزناد وابو حنيفة ومالك والشافعي وأكثر أهل العلم لقول رسول الله ﷺ « لايرث الكافر المسلم » ولان الملك قد انتقل بالموت الى المسلمين فلم يشاركهم من أسلم كما لو اقتسموا ولان المانع من الارث متحقق حال وجود الموت فلم يرث كما لو كان رقيقا فأعتق

ولنا قول النبي ﷺ « من أسلم على شيء فهو له » رواه سعيد من طريقين عن عروة وابن أبي مليكة عن النبي ﷺ وروى ابو داود باسناده عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « كل قسم قسم في الجاهلية فهو على ماقسم وكل قسم أدركه الاسلام فانه على قسم الاسلام » وروى ابن عبد البر في التمهيد باسناده عن زيد بن قتادة العنبري أن انسانا من أهله مات على غير الاسلام فورثته أختي دوني وكانت على دينه ثم أن جدي أسلم وشهد مع النبي ﷺ حنينا فتوفي فلبثت سنة وكان ترك ميراثا ثم ان أختي اسلمت فخاصمتني في الميراث الى عثمان فحدثه ابن ارقم أن عمر رضي الله عنهم قضى أنه من أسلم على ميراث قبل ان يقسم فله نصيبه فقضى به عثمان فذهبت بذلك الاول وشاركتني في هذا

القتيل ،فأما القتل خطأ فذهب كثير من أهل العلم الى أنه لا يرث أيضا نص عليه أحمد ويروى ذلك عن عمر وعلي وزيد وعبدالله بن مسعود وعبدالله بن عباس وروي نحوه عن أبي بكر رضي الله عنهم وبه قال شريح وعروة وطاوس وجابر بن زيد والنخعي والشعبي والثوري وشريك والحسن بن صالح ووكيع والشافعي ويحيى بن آدم وأصحاب الرأي ، وورثه قوم من المال دون الدية وروي ذلك عن سعيد بن المسيب وعمرو بن شعيب وعطاء والحسن ومجاهد والزهري ومكحول والاوزاعي وابن أبي ذئب وأبي ثور وابن المنذر وداود وروي نحوه عن علي لان ميراثه ثابت بالكتاب والسنة تخصص قاتل العمد بالاجماع فوجب البقاء على الظاهر فيما سواه

ولنا الاحاديث المذكورة ولان من لا يرث من الدية لايرث من غيرها كقاتل العمد والمخالف في الدين والعمومات مخصصة بما ذكرناه

(فصل) والقتل المانع من الارث هو القتل بغير حق وهو المضمون بقود أو دية أو كفارة كالعمد وشبه العمد والخطأ وما جرى مجرى الخطأ كالقتل بالسبب وقتل الصبي والمجنون والنائم وما ليس بمضمون بشيء مما ذكرنا لم يمنع الميراث كالقتل قصاصا أو حداً أو دفعا عن نفسه وقتل العادل الباغي أو من قصد مصلحة موليه بماله فعله من سقي دواء أو بط جراح فمات ومن أمره إنسان عاقل كبير ببط خراجه أو قطع سلعة منه فتلف بذلك ورثه في ظاهر المذهب

وهذه قصة اشتهرت فلم تنكر فكانت إجماعا ولانه لو تجدد له صيد بعد موته وقع في شبكته التي نصبها في حياته ثبت له الملك فيه ولو وقع انسان في بئر حفرها لتعلق ضمانه بتركته بعد موته فجاز ان يتجدد حق من أسلم من ورثته ترغيبا في الاسلام وحثا عليه فاما إذا قسمت التركة وتعين حق كل وارث ثم أسلم فلا شيء له فان كان الوارث واحداً فني تصرف في التركة واحتازها كان كقسمها .

(مسئلة) وان عتق عبد بعد موت موروثه وقبل القسم لم يرث وجها واحداً)

نص عليه أحمد في رواية محمد بن الحكم وفرق بين الاسلام والعتق وعلى هذا جمهور الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم ، وروي عن ابن مسعود أنه سئل عن رجل مات وترك أباه عبدا فاعتق قبل ان يقسم ميراثه فقال له ميراثه ، وحكي عن مكحول وقتادة أنهما ورثا من اعتق قبل القسمة لان المانع من الميراث زال قبل القسمة أشبه مالو أسلم وقال أبو الحسن التميمي يخرج على قول من ورث المسلم ان يورث العبد إذا أعتق وليس بصحيح فان الاسلام قربة وهو اعظم الطاعات والقرب ورد الشرع بالتأليف عليها فورد الشرع بتوريثه ترغيبا له في الاسلام وحثا عليه والعتق لا صنع له فيه ولا يحمد عليه فلم يصح قياسه عليه ولولا ما ورد من الاثر في توريث من أسلم لكان النظر يقتضي أن لا يرث من لم يكن من اهل الميراث حين الموت لان الملك ينتقل به إلى الورثة فيستحقونه فلا يبقى لمن حدث شيء وإنما خالفناه في الاسلام للاثر وليس في العتق أثر يجب التسليم له ولا هو في معنى ما فيه الاثر

قال أحمد إذا قتل العادل الباغي في الحرب يرثه ، ونقل محمد بن الحكم عن أحمد في أربعة شهدوا على أختهم بالزنا فرجمت فرجموا مع الناس يرثونها هم غير قتلة ، وعن أحمد رواية أخرى تدل على أن القتل يمنع الميراث بكل حال فانه قال في رواية ابنيه صالح وعبد الله لا يرث العادل الباغي ولا يرث الباغي العادل ، وهذا يدل على أن القتل يمنع الميراث بكل حال ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي أخذاً بظاهر لفظ الحديث ولانه قاتل فأشبه الصبي والمجنون

وقال أبو حنيفة وصاحباه كل قتل لامأثم فيه لايمنع الميراث كقتل الصبي والمجنون والنائم والساقط على انسان من غير اختيار منه وسائق الدابة وقائدها وراكبها اذا قتلت بيدها أو فيها فانه يرثه لانه قتل غير متهم فيه ولا مأثم فيه فأشبه القتل في الحد

ولنا على أبي حنيفة وأصحابه عموم الاخبار خصصنا منها القتل الذي لا يضمن فما عداه يبقى على مقتضاها ، ولانه قتل مضمون فيمنع الميراث كالخطأ

ولنا على الشافعي أنه فعل مأذون فيه فلم يمنع الميراث كما لو أطعمه أو سقاه باختياره فأفضى إلى تلفه ، ولانه حرم الميراث في محل الوفاق كيلا يفضي إلى إيجاد القتل المحرم وزجراً عن اعدام النفس المعصومة وفي مسألتنا حرمان الميراث يمنع اقامة الحدود الواجبة واستيفاء الحقوق المشروعة ولا يفضي

(فصل) ولو ملك ابن عمه فدبره فعتق بموته لم يرث لانه رقيق حين الموت فان قال أنت حر في آخر حياتي عتق وورث لانه حر حين الموت ، ويحتمل ان لا يرث لان عتقه وصية له فيفضي إلى الوصية للوارث :

﴿ مسألة ﴾ (ويرث اهل الذمة بعضهم بعضاً ان اتفقت أديانهم)

وجملة ذلك أن الكفار يتوارثون إذا كان دينهم واحداً لا نعلم بين أهل العلم فيه خلافاً ، ولا فرق في ذلك بين أهل الذمة وغيرهم من الكفار لان قول النبي ﷺ « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » دليل على أن بعضهم يرث بعضا ، وقول النبي ﷺ « وهل ترك لنا عقيل من دار » دليل على أن عقيلا ورث أبا طالب دون جعفر وعلي لانهما كانا مسلمين ، وكان عقيل على دين أبيه مقيما بمكة فلذلك لما قيل للنبي ﷺ أين تنزل غداً ؟ قال « وهل ترك لنا عقيل من رباع » وقال عمر في عمة الاشعث بن قيس يرثها أهل دينها

﴿ مسألة ﴾ (وهم ثلاث ملل اليهودية والنصرانية ودين سائرهم)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك فروي عنه حرب أن الكفر كله ملة واحدة اختارها الخلال ، وبه قال حماد وابن شبرمة وأبو حنيفة والشافعي وداود لان توريث الآباء من الابناء والابناء من الآباء مذكور في كتاب الله تعالى ذكرا عاما فلا يترك الا فيما استثناه الشرع ومالم يستثنه يبقى على العموم ولان قول الله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) عام في جميعهم ، وروي عن

الى إيجاد قتل محرم فهو ضد ماثبت في الاصل ولا يصح القياس على قتل الصبي والمجنون لانه قتل محرم وتفويت نفس معصومة والتوريث يفضي اليه بخلاف مسئلتنا . اذا ثبت هذا فالمشارك في القتل في الميراث كالمنفرد به لانه يلزمه من الضمان بحسبه فلو شهد على موروثه مع جماعة ظلما فقتل لم يرثه وإن شهد بحق ورثه لانه غير مضمون

(فصل) أربعة اخوة قتل أكبرهم الثاني ثم قتل الثالث الاصغر سقط القصاص عن الاكبر لان ميراث الثاني صار للثالث والاصغر نصفين فلما قتل الثالث الاصغر لم يرثه وورثه الاكبر فرجع اليه نصف دم نفسه وميراث الاصغر جميعه فسقط عنه القصاص لميراثه بعض دم نفسه وله القصاص على الاصغر ورثه في ظاهر المذهب فان اقتص منه ورثه ويرث أخوته الثلاثة ، ولو أن ابنين قتل أحدهما أحد أبويهما وهما زوجان ثم قتل الآخر أباه الآخر سقط القصاص عن القاتل الاول ووجب على القاتل الثاني لان الاول لما قتل أباه ورث ماله ودمه أخوه وأمه ، فلما قتل الثاني أمه ورثها قاتل الاب صار له من دم نفسه ثمنه فسقط القصاص عنه لذلك وله القصاص على الآخر فان قتله ورثه في ظاهر المذهب ، وإن جرح أحدهما أباه والآخر أمه وماتا في حال واحدة ولا وارث لهما سواهما فلكل

احد أن الكفر ملل مختلفة اختاره أبو بكر وهو قول كثير من أهل العلم لان قول النبي ﷺ « لا يتوارث اهل ملتين شتى » ينفي توارثهما ويخص عموم الكتاب ولم نسمع عن أحد تصريحا بذكر اقسام الملل ، وقال القاضي الكفر ثلاث ملل اليهودية والنصرانية ودين من عداهم لان من عداهم يجمعهم أنه لا كتاب لهم وهذا قول شريح وعطاء وعمر بن عبد العزيز والضحاك والحكم والثوري والليث وشريك ومغيرة الضبي وابن أبي ليلى والحسن بن صالح ووكيع وروي ذلك عن مالك وعن النخعي والثوري القولان معا وماروي عن أحمد أنه قال الكفر ملل مختلفة ويحتمل ان أن يكون مللا كثيرة تزيد على ثلاث فتكون المجوسية ملة وعبدة الاوثان ملة وعباد الشمس ملة فلايرث بعضهم بعضا يروى ذلك عن علي وبه قال الزهري وربيعة وطائفة من اهل المدينة وأهل البصرة واسحاق وهو أصح الاقوال ان شاء الله اختاره شيخنا لقول النبي ﷺ « لايتوارث أهل ملتين شتى » رواه ابو داود ولان كل فريقين منهم لاموالاة بينهم ولا اتفاق في دين فلم يرث بعضهم بعضا كالمسلمين والكفار والعمومات في التوريث مخصوصة فيخص منها محل النزاع بالخبر والقياس ولان مخالفينا قطعوا التوريث بين أهل الحرب وأهل دار الاسلام فمع اختلافهم في الملة أولى وقول من خص الملة بعدم الكتاب لايصح لانه وصف عدمي لايقتضي حكما ولا جامع لابد لهذا الضابط من دليل يدل على اعتباره ، وقد افترق حكمهم فان المجوس يقرون بالجزية وغيرهم لايقرون بها وهم مختلفون في معبوداتهم ومعتقداتهم وآرائهم يستحل بعضهم دماء بعض ويكفر بعضهم بعضا فكانوا مللا كاليهود والنصارى ولانه قد روى الشعبي عن علي رضي الله عنه أنه جعل الكفر مللا مختلفة ولم نعرف له مخالفا في الصحابة فيكون إجماعا

واحد منهما مال الذي لم يقتله ولكل واحد منهما القصاص على صاحبه وكذلك لو قتل كل واحد منهما أحد الابوين ولم يكونا زوجين فلكل واحد منهما القصاص على أخيه إلا أنه لا يمكن أحدهما الاستيفاء إلا بإبطال حق الآخر فيسقطان، وإن عفا أحدهما عن الآخر فللآخر قتل العافي ويرثه في الظاهر وإن بادر أحدهما فقتل أخاه سقط القصاص عنه وورثه في الظاهر عنه، ويحتمل أن لا يرثه ويجب القصاص عليه بقتله لان القصاصين لما تساويا وتعذر الجمع بين استيفائهما سقطا فلم يبق لهما حكم فيكون المستوفي منهما معتديا باستيفائه فلا يرث أخاه ويجب القصاص عليه بقتله، وإن أشكل كيفية موت الابوين وادعى كل واحد منهما أن قتيله أولهما موتا خرج في توريثهما ماذكرناه في الغرقى من توريث كل واحد من الميتين من الآخر ثم يرث كل واحد منهما بعض دم نفسه فيسقط القصاص عنهما ومن لا يرى ذلك فالجواب فيها كالتي قبلها ويحتمل أن يسقط القصاص بكل حال للشبهة وأن يكون لكل واحد دية الآخر وماله.

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يرث مسلم كافرا ولا كافر مسلما الا أن يكون معتقا فيأخذ ماله بالولاء)

أجمع أهل العلم على أن الكافر لا يرث المسلم، وقال جمهور الصحابة والفقهاء لا يرث المسلم الكافر يروى هذا عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وأسامة بن زيد وجابر بن عبد الله رضي الله عنهم وبه قال

(مسئلة) (وإن اختلفت أديانهم لم يتوارثوا)

لما روى عبد الله بن عمر قال: قال رسول الله ﷺ «لا يتوارث أهل ملتين شتى» رواه أبو داود، وعنه يتوارثون لان مفهوم قوله عليه السلام «لا يرث الكافر المسلم» يدل على أنهم يتوارثون، وهذا يجيء على قولنا إن الكفر ملة واحدة على ما تقدم وهو قول أبي حنيفة والشافعي.

(مسئلة) (ولا يرث حربي ذميا، ولا ذمي حربيا)

ذكره القاضي لان الموالاة منقطعة بينهم ويحتمل أن يتوارثا لانهم من أهل ملة واحدة. قال شيخنا قياس المذهب عندي أن الملة الواحدة يتوارثون وإن اختلفت ديارهم لان العمومات من النصوص يقتضي توريثهم ولم يرد بتخصيصهم نص ولا إجماع ولا يصح فيهم قياس فيجب العمل بعمومها، ومفهوم قوله عليه السلام «لا يتوارث أهل ملتين شتى» ان أهل الملة الواحدة يتوارثون وضبطه التوريث بالملة والكفر والاسلام دليل على أن الاعتبار به دون غيره ولان مقتضى التوريث موجود فيجب العمل به ما لم يقم دليل على تحقق المانع وقد نص أحمد في رواية الاثرم فيمن دخل الينا بأمان فقتل، أنه يبعث بديته إلى ملكهم حتى يدفعها إلى ورثته، وروي أن عمرو بن أمية الضمري كان مع أهل بئر معونة فسلم ورجع الى المدينة فوجد رجلين في طريقه من الحي الذين قتلوهم وكانا أتيا النبي ﷺ في أمانه ولم يعلم عمرو فقتلهما فوداهما النبي صلى الله عليه وسلم ولا شك أنه بعث بديتهما الى أهلهما.

عمر وبن عثمان وعروة والزهري وعطاء وطاوس والحسن وعمر بن عبد العزيز وعمرو بن دينار والثوري وأبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي وعامة الفقهاء، وعليه العمل

وروي عن عمر ومعاذ ومعاوية رضي الله عنهم أنهم ورثوا المسلم من الكافر ولم يورثوا الكافر من المسلم . وحكي ذلك عن محمد بن الحنفية وعلي بن الحسين وسعيد بن المسيب ومسروق وعبدالله ابن معقل والشعبي والنخعي ويحيى بن يعمر واسحاق وليس بموثوق به عنهم فان أحمد قال ليس بين الناس اختلاف في أن المسلم لايرث الكافر وروي أن يحيى بن يعمر احتج لقوله فقال حدثني أبو الاسود أن معاذاً حدثه أن رسول الله ﷺ قال « الاسلام يزيد ولا ينقص» ولانا ننكح نساءهم ولا ينكحون نساءنا فكذلك نرثهم ولا يرثوننا

ولنا ماروى أسامة بن زيد عن النبي ﷺ أنه قال « لايرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر » متفق عليه . وروى أبو داود باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله ﷺ « لايتوارث أهل ملتين شئ » ولان الولاية منقطعة بين المسلم والكافر فلم يرثه كما لا يرث الكافر المسلم فأما حديثهم فيحتمل أنه أراد أن الاسلام يزيد بمن يسلم وبما يفتح من البلاد لاهل الاسلام ولا ينقص بمن يرتد لقلة من يرتد وكثرة من يسلم ، وعلى أن حديثهم مجمل وحديثنا مفسر وحديثهم لم يتفق على صحته وحديثنا متفق عليه فتعين تقديمه والصحيح عن عمر أنه قال «لا نرث أهل الملل ولا يرثوننا » وقال في عمة الاشعث: يرثها أهل دينها ، فأما المعتق اذا خالف دينه دين معتقه فنذكره في باب الولاء ان شاء الله تعالى

(فصل) فأما المستأمن فيرثه أهل الحرب وأهل دار الاسلام ، وبهذا قال الشافعي ، قال القاضي يرث أهل الحرب بعضهم بعضاً سواء اتفقت ديارهم أو اختلفت ، وقال أبو حنيفة إذا اختلفت ديارهم بحيث كان لكل طائفة ملك ، ويرى بعضهم قتل بعض لم يتوارثا لانه لا موالاة بينهم فجعلوا اتفاق الدار واختلافها ضابطاً للتوريث وعدمه

ولا نعلم في هذا حجة من كتاب ولا سنة مع مخالفته لعموم النصوص المقتضي للتوريث ولم يعتبروا الدين في اتفاقه ولا اختلافه ، مع ورود الخبر فيه وصحت العبرة بها فان المسلمين يرث بعضهم بعضاً وان اختلفت الدار بهم فكذلك الكفار

﴿ مسئلة ﴾ (والمرتد لايرث أحداً إلا أن يسلم قبل قسم الميراث)

لا نعلم خلافاً بين أهل العلم ان المرتد لا يرث أحداً ، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وذلك أنه لايرث المسلم لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يرث الكافر المسلم ، ولا المسلم الكافر » ولا يرث الكافر لانه يخالفه في حكم الدين لانه لا يقر على كفره فلم يثبت له حكم الدين الذي انتقل اليه ولهذا لا تحل ذبيحته ولا نكاح نسائهم وان انتقلوا الى دين أهل الكتاب ، ولأن المرتد تزول

(فصل) فأما الكفار فيتوارثون اذا كان دينهم واحداً لا نعلم بين أهل العلم فيه خلافا ، وقول النبي ﷺ « لا يرث المسلم الكافر » دليل على أن بعضهم يرث بعضا ، وقوله « لا يتوارث أهل ملتين شتى » دليل على أن أهل الملة الواحدة يرث بعضهم بعضا ، وقول النبي ﷺ « وهل ترك لنا عقيل من دار » دليل على أن عقيلا ورث أبا طالب دون جعفر وعلي لانهما كانا مسلمين وكان عقيل على دين أبيه مقيما بمكة فباع رباعه بمكة فلذلك لما قيل للنبي ﷺ أين تنزل غداً ؟ قال « وهل ترك لنا عقيل من رباع . وقال عمر في عمة الاشعث بن قيس يرثها أهل دينها فان اختلفت أديانهم فاختلف عن أحمد فروي عنه أن الكفر كله ملة واحدة يرث بعضهم بعضا . رواه عنه حرب واختاره الخلال ، وبه قال حماد وابن شبرمة وأبو حنيفة والشافعي وداود لان توريث الآباء من الابناء والابناء من الآباء مذكور في كتاب الله تعالى ذكراً عاما فلا يترك الا فيما استثناه الشرع ومالم يستثنه الشرع يبقى على العموم ولان قول الله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) عام في جميعهم

وروي عن أحمد أن الكفر ملل مختلفة لا يرث بعضهم بعضا اختاره أبو بكر وهو قول كثير من أهل العلم لان قول النبي ﷺ « لا يتوارث أهل ملتين شتى » ينفي توارثهما ويخص عموم الكتاب ولم نسمع عن أحمد تصريحا بذكر أقسام الملل وقال القاضي أبو يعلى الكفر ثلاث ملل اليهودية والنصرانية ودين من عداهم لان من عداهم يجمعهم أنهم لا كتاب لهم وهذا قول شريح وعطاء وعمر بن عبد العزيز والضحاك والحكم

أملاكه الثابتة له أو استقرارها فلان لا يثبت له ملك أولى ولو ارتد متوارثان فمات أحدهما لم يرثه الآخر لأن المرتد لا يرث ولا يورث ، فان أسلم قبل قسم الميراث ورث ، لما ذكرنا من الحديث وقد ذكرناه والخلاف فيه

(فصل) (والزنديق كالمرتد فيما ذكرنا) . والزنديق الذي يظهر الاسلام ويستسر الكفر وهو الذي كان يسمى منافقاً ، في عصر النبي صلى الله عليه وسلم ، ويسمى اليوم زنديقاً ، قال أحمد : مال الزنديق في بيت المال .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن مات على ردته فماله فيء ، وعنه أنه لورثته من المسلمين ، وعنه أنه لورثته من أهل الدين الذي اختاره)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في مال المرتد إذا مات أو قتل على ردته فروي عنه أنه يكون فيئا في بيت مال المسلمين . قال القاضي وهو الصحيح في المذهب ، وبه قال ابن عباس وربيعة ومالك وابن أبي ليلى والشافعي وأبو ثور وابن المنذر

وعن أحمد ما يدل على أنه لورثته من المسلمين يروى ذلك عن أبي بكر الصديق وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ، وبه قال سعيد بن المسيب وجابر بن زيد والحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء والشعبي والحكم والاوزاعي والثوري وابن شبرمة وأهل العراق واسحاق إلا أن الثوري وأبا حنيفة واللؤلؤي واسحاق

والثوري والليث وشريك ومغيرة والضبي وابن أبي ليلى والحسن بن صالح ووكيع ، وروي ذلك عن مالك . وروي عن النخعي والثوري القولان معا ، ويحتمل كلام أحمد رضي الله عنه أن يكون الكفر مللا كثيرة فتكون المجوسية ملة وعبادة الاوثان ملة أخرى وعبادة الشمس ملة فلا يرث بعضهم بعضا روي ذلك عن علي وبه قال الزهري وربيعة وطائفة من أهل المدينة وأهل البصرة واسحاق وهو أصح الاقوال إن شاء الله تعالى لقول النبي ﷺ « لا يتوارث أهل ملتين شتى » ولان كل فريقين منهم لاموالاة بينهم ولا اتفاق في دين فلم يرث بعضهم بعضا كالمسلمين والكفار والعمومات في التوريث مخصوصة فيخص منها محل النزاع بالخبر والقياس ولان مخالفينا قطعوا التوارث بين أهل الحرب وأهل دار الاسلام مع اتفاقهم في الملة لانقطاع الموالاة فمع اختلاف الملة أولى وقول من حصر الملة بعدم الكتاب غير صحيح فان هذا وصف عدمي لايقتضي حكما ولا جمعا ثم لابد لهذا الضابط من دليل يدل على اعتباره ثم قد افترق حكمهم فان المجوس يقرون بالجزية وغيرهم لايقر بها وهم مختلفون في معبوداتهم ومعتقداتهم وآرائهم يستحل بعضهم دماء بعض ويكفر بعضهم بعضاً فكانوا مللا كاليهود والنصارى. وقد روي ذلك عن علي رضي الله عنه فان اسماعيل بن أبي خالد روى عن الشعبي عن علي عليه السلام أنه جعل الكفر مللا مختلفة ولم يعرف له مخالف في الصحابة فيكون اجماعا

(فصل) وقياس المذهب عندي أن الملة الواحدة يتوارثون وإن اختلفت ديارهم لان العمومات من النصوص تقتضي توريثهم ولم يرد بتخصيصهم نص ولا اجماع ولا يصح فيهم قياس فيجب العمل

قالوا ما اكتسبه في ردته يكون فيئا ولم يفرق أصحابنا بين تلاد ماله وطارفه ووجه ذلك أنه قول الخليفتين الراشدين فانه يروى عن زيد بن ثابت قال : بعثني أبو بكر عند رجوعه الى أهل الردة أن اقسم مالهم بين ورثتهم المسلمين ، ولان ردته ينتقل بها ماله فوجب أن ينتقل إلى ورثته من المسلمين كما لو انتقل بالموت .

وروي عنه رواية ثالثة أنه يكون لاهل الدين الذي اختاره ان كان منهم من يرثه وإلا فهو فيء وبه قال داود . وروي ذلك عن علقمة وسعيد بن أبي عروبة لانه كافر فورثه أهل دينه كالحربي وسائر الكفار والمشهور الاول لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » وقوله « لا يتوارث أهل ملتين شتى » ولانه كافر فلا يرثه المسلم ، كالكافر الاصلي ولان ماله مال مرتد فأشبه الذي كسبه في ردته ولا يمكن جعله لأهل دينه لانه لا يرثهم فلا يرثونه كغيرهم من أهل الاديان ولانه يخالفهم في حكمهم فانه لا يقر على ما انتقل اليه ولا تؤكل ذبيحته ولا يحل نكاحه إن كان امرأة فأشبه الحربي مع الذمي فان قيل إذا جعلتموه فيئا فقد ورثتموه للمسلمين قلنا لا يأخذونه ميراثاً بل يأخذونه فيئا كما يأخذ مال الذمي الذي لم يخلف وارثاً وكالمشور

(فصل) وقد ذكرنا أن الزنديق كالمرتد لا يرث ولا يورث وقال مالك في الزنديق الذي

بعمومها ومفهوم قوله عليه السلام « لا يتوارث أهل ملتين شتى » ان أهل الملة الواحدة يتوارثون وضبطه يتوارث أهل ملتين شتى ان أهل الملة الواحدة يتوارثون وضبطه التوريث بالملة والكفر والاسلام دليل على أن الاعتبار به دون غيره ، ولان مقتضى التوريث موجود فيجب العمل به مالم يقم دليل على تحقق المانع . وقد نص أحمد في رواية الأثرم في من دخل الينا بأمان فقتل أنه يبعث بديته إلى ملكهم حتى يدفعها إلى الورثة

وقد روي أن عمرو بن أمية كان مع أهل بئر معونة فسلم ورجع إلى المدينة فوجد رجلين في طريقه من الحي الذي قتلوهم وكانا أتيا النبي ﷺ في أمان ولم يعلم عمرو فقتلهما فوداهما النبي ﷺ ولا شك في انه بعث بديتهما الى أهلهما

وقال القاضي قياس المذهب عندي انه لا يرث حربي ذميا ولا ذمي حربيا لان الموالاة بينهما منقطعة ، فأما المستأمن فيرثه أهل الحرب وأهل دار الاسلام وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه ، وبه قال أبو حنيفة إلا أن المستأمن لا يرثه الذمي لان دارهما مختلفة

قال القاضي ويرث أهل الحرب بعضهم بعضا سواء اتفقت ديارهم أو اختلفت وهذا قول الشافعي

يتهم بذمي ورثته عند موته : ماله لورثته من المسلمين مثل من يرتد إذا حضره الموت ، قال : وترثه زوجته سواء انقضت عدتها أو لم تنقض ، كالذي يطلقها زوجها في مرض موته ليحرمها الميراث لانه فار من ميراث العقد بسبب ميراثه فورثه كالمطلق في مرض الموت.

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يرث المسلم الكافر »

قال شيخنا وقياس المذهب أن أحد الزوجين إذا ارتد في مرض موته ورثه الآخر لانه فعل ما يفسخ النكاح في مرض موته أشبه الطلاق ، وفعل المرأة ما يفسخ نكاحها لا يسقط ميراث زوجها ويخرج في ميراث سائر الورثة مثل ما في الزوجين فيكون مثل مذهب مالك ، وقال أبو يوسف إذا ارتدت المريضة فماتت في عدتها أو لحقت بدار الحرب ورثها زوجها .

وروى اللؤلؤي عن أبي حنيفة إذا ارتد الرجل فقتل على ردته أو لحق بدار الحرب بانت منه امرأته ، فان كانت مدخولا بها ورثته في عدتها وإن كانت غير مدخول بها بانت ولم ترثه وإن ارتدت المرأة في غير مرض فماتت لم يرثها زوجها لأنها عندهم لا تقتل فلم تكن فارة من ميراثه بخلاف الرجل

(فصل) (وارتداد الزوجين معاً كارتداد أحدهما في فسخ نكاحهما وعدم ميراث أحدهما من الآخر سواء لحقا بدار الحرب أو أقاما بدار الاسلام) . وبه قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة إذا ارتدا معاً لم ينفسخ النكاح ولم يتوارثا .

ولنا أنهما مرتدان فلم يتوارثا كما لو كانا في دار الاسلام ولو ارتدا جميعاً ولهما أولاد صغار لم يتبعوهم

رضي الله عنه ، وقال أبوحنيفة إذا اختلفت ديارهم بحيث كان لكل طائفة ملك ويرى بعضهم قتل بعض لم يتوارثا لأنهم لا موالاة بينهم أشبه أهل دار الحرب فجعلوا اتفاق الدار واختلافها ضابطا للتوريث وعدمه ولانعلم في هذا كله حجة من كتاب ولا سنة مع مخالفته لعموم النص المقتضي للتوريث ولم يعتبروا الدين في اتفاقه ولا اختلافه مع ورود الخبر فيه وصحة العبرة فيها فان المسلمين يرث بعضهم بعضا وان اختلفت الدار بهم فكذلك الكفار ولا يرث المسلم كافراً ولا الكافر مسلما لاختلاف الدين بهم وكذلك لايرث مختلفا الدين أحدهما من صاحبه شيئا

﴿ مسئلة ﴾ قال (والمرتد لايرث احدا الا أن يرجع قبل قسمة الميراث)

لانعلم خلافا بين أهل العلم في أن المرتد لايرث أحداً وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وذلك لانه لا يرث مسلما لقول النبي ﷺ « لا يرث كافر مسلما » ولا يرث كافراً لانه يخالفه في حكم الدين لانه لا يقر على كفره فلم يثبت له حكم أهل الدين الذي انتقل اليه ولهذا لا تحل ذبيحته ولا نكاح نسائهم وان انتقلوا الى دين أهل الكتاب ، ولان المرتد

في ردتهم ولم يرثوا منهم شيئاً ولم يجز استرقاقهم سواء ألحقوهم بدار الحرب أو لا ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابه من الحقوه بدار الحرب منهم يصير مرتداً يجوز سبيه ومن لم يلحقوه بدار الحرب فهو في حكم الاسلام فاما من ولد بعد الردة بستة أشهر فذكر الخرقي مايدل على أنه يجوز استرقاقه وهو قول أبي حنيفة ، وأحد قولي الشافعي ، والقول الثاني لا يسبون وهومنصوص الشافعي

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وإن أسلم المجوس أو تحاكموا الينا ورثوا بجميع قراباتهم إن أمكن ذلك) .

نص عليه أحمد وهو قول عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وزيد في الصحيح عنه ، وبه قال الثوري والنخعي وقتادة وابن أبي ليلي وأبو حنيفة وأصحابه ويحيى بن آدم واسحاق وداود والشافعي في أحد قوليه واختاره بن اللبان ،

وعن زيد أنه ورثه بأقوى القرابتين وهي التي لا تسقط بحال ، وبه قال الحسن والزهري والاوزاعي ومالك والليث وحماد ، وهو الصحيح عن الشافعي وعن عمر بن عبد العزيز ومكحول والشعبي القولان جميعاً واحتجوا بأنهما قرابتان لا يورث بهما في الاسلام فلا يورث بهما في غيره كما لو أسقطت احداهما الأخرى .

ولنا أن الله تعالى فرض للام الثلث وللاخت النصف فاذا كانت الأم أختاً وجب اعطاؤها مافرض الله تعالى لها في الاثنين كالشخصين ولانهما قرابتان ترث بكل واحدة منهما منفردة لا تحجب احداهما الأخرى ولا يرجح بها فترث بهما مجتمعتين كزوج هو ابن عم ، أو ابن عم هو أخ لأم ولذوي الارحام

تزول أملاكه الثابتة له واستقرارها فلأن لا يثبت له ملك أولى . ولو ارتد متوارثان فمات أحدهما لم يرثه الآخر فان المرتد لا يرث ولا يورث وان رجع المرتد الى الاسلام قبل قسم الميراث قسم له على ماسنذكره في المسئلة التي بعدها ان شاء الله تعالى

(فصل) والزنديق كالمرتد فيما ذكرناه ، والزنديق هو الذي يظهر الاسلام ويستسر بالكفر وهو المنافق كان يسمى في عصر النبي ﷺ منافقا ويسمى اليوم زنديقا ، قال أحمد مال الزنديق في بيت المال

(فصل) إذا ارتد احد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح في الحال ولم يرث أحدهما الآخر وان كانت ردته بعد الدخول ففيه روايتان (احداهما) يتعجل الفرقة (والاخرى) يقف على انقضاء العدة وأيهما مات لم يرثه الآخر

(مسئلة) قال (وكذلك من أسلم على ميراث قبل أن يقسم قسم له)

اختلفت الرواية فيمن أسلم قبل قسم ميراث موروثه المسلم فنقل الاثرم ومحمد بن الحكم انه يرث وروي نحو هذا عن عمر وعثمان والحسن بن علي وابن مسعود وبه قال جابر بن زيد والحسن ومكحول

المدلين بقرابتين وقياسهم فاسد لان القرابتين في الاصل تسقط احداهما الاخرى إذا كانا في شخصين فكذلك إذا كانا في شخص واحد وقولهم لا يورث بهما في الاسلام ممنوع فانه إذا وجد ذلك من وطيء شبهة في الاسلام ورث بهما ثم ان امتناع الارث بهما في الاسلام لعدم وجودهما فلو تصور وجودهما ورث بهما بدليل انه قد ورث بنظيرهما في ابن عم هو زوج او اخ من ام . قال ابن اللبان واعتبارهم عندي فاسد من قبل ان الجدة تكون اختاً لاب فان ورثوها بكونها جدة لكون الابن يسقط الاخت دونها لزمهم توريثها لكونها اختاً لكون الام تسقط الجدة دونها وخالفوا نص الكتاب في فرض الاخت وورثوا الجدة التي لا نص للكتاب في فرضها وهو مختلف فيهم فمنهم من قال هو طعمة وليس بفرض مسمى ويلزمهم ان الميت اذا خلف امه وام ام هي اخت ان لا يؤتوها شيئاً لان الجدودة محجوبة وهي اقوى القرابتين وجعلوا الاخوة تارة اقوى وتارة اضعف وان قالوا اقوى القرابتين الاخوة لان ميراثها اوفر لزمهم في ام هي اخت جعل الاخوة اقوى من جهة الامومة ويلزمهم في اسقاط مع الابن والاخ من الابوين مالزم القائلين بتقديم الجدودة مع الام فان قالوا توريثها بالقرابتين يفضي الى حجب الام بنفسها اذا كانت اختاً وللميت اخت اخرى قلنا وما المانع من هذا فان الله تعالى حجب الام بالاختين بقوله فان كان له اخوة فلامه السدس من غير تقييد بغيرها ثم هم حجبوها عن ميراث الاخت بنفسها فقد دخلوا فيما انكروه بل هو اعظم لانهم فروا من حجب التنقيص الى حجب الاسقاط فاسقطوا الفرض الذي هو اوكد بالكلية محافظة على بعض الفرض الادنى وخالفوا مدلول اربعة نصوص من كتاب الله تعالى لانهم اعطوا الام الثلث وانما فرض الله تعالى لها مع الاختين السدس والثاني ان الله تعالى

وقتادة وحميد وإياس بن معاوية وإسحاق ، فعلى هذا ان أسلم قبل قسم بعض المال ورث مما بقي ، وبه قال الحسن ، ونقل أبو طالب فيمن أسلم بعد الموت لا يرث قد وجبت المواريث لاهلها ، وهذا المشهور عن علي رضي الله عنه وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس والزهري وسليمان بن يسار والنخعي والحكم وأبو الزناد وأبو حنيفة ومالك والشافعي رضي الله عنه وعامة الفقهاء لقول النبي ﷺ « لا يرث الكافر المسلم » ولان الملك قد انتقل بالموت إلى المسلمين فلم يشاركهم من أسلم كما لو اقتسموا ولان المانع من الارث متحقق حال وجود الموت فلم يرث كما لو كان رقيقاً فأعتق أو كما لو بقي على كفره

ولنا قول النبي ﷺ « من أسلم على شيء فهو له » رواه سعيد من طريقين عن عروة وابن أبي مليكة عن النبي ﷺ : وروى أبو داود باسناده عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « كل قسم قسم في الجاهلية فهو على ما قسم وكل قسم أدركه الاسلام فهو على قسم الاسلام »

وروى ابن عبد البر باسناده في التمهيد عن زيد بن قتادة العنبري ان انسانا من أهله مات على غير دين الاسلام فورثته أختي دوني وكانت على دينه ثم ان جدي اسلم وشهد مع النبي ﷺ حنينا فتوفي فلبثت سنة وكان ترك ميراثا ثم ان أختي أسلمت فخاصمتني في الميراث الى عثمان رضي الله عنه فحدثه عبد الله بن أرقم ان عمر قضى انه

أما فرض لكل واحدة من الاختين ثلثا فاعطوا احداهما النصف كاملا ، والثالث ان الله تعالى فرض للاختين الثلثين وهاتان اختان فلم يجعلوا لهما الثلثين الرابع ان مقتضى الآية أن يكون لكل واحدة من الاختين الثلث وهذه اخت فلم يعطوها بكونها اختاً شيئاً هذا كله معنى كلام ابن اللبان

(فصل) والمسائل التي يجتمع فيها قرابتان ويصح الارث بهما ست احداهن في الذكور وهو عم هو اخ لام وخمس في الاناث وهي بنت هي اخت او بنت ابن وام هي اخت وام ام هي اخت لاب وام اب هي اخت لام فمن ورثهم بأقوى القرابتين ورثهم بالبنوة والامومة دون الاخوة وبنوة الابن واختلفوا في الجدة اذا كانت اختاً فنهم من قال الجدودة اقوى لانها جهة ولادة لا تسقط بالولد ومنهم من قال الاخوة اقوى لانها اكثر ميراثاً وقال ابن شريح وغيره هو الصحيح ومن ورث بأقوى القرابتين لم يحجب الام بأخوة نفسها الا ماحكاه سحنون عن مالك انه حجبها بذلك والصحيح عنه الاول ومن ورث بالقرابتين حجبها بذلك ومتى كانت البنت اختاً والميت رجل فهي اخت لام ومتى كان امرأة فهي اخت لاب فان قيل ام هي اخت لام او ام ام هي اخت لام أو ام أب هي اخت لاب فهو محال

﴿ مسئلة ﴾ اذا خلف امة وهي اخته من ابيه وعما فمن ورثها بقرابتين جعل لها الثلث بكونها أما والنصف بكونها أختاً لاب والباقي للعم فان كان معها أخت أخرى لم ترث بكونها أما الا السدس لانها انحجبت بنفسها وبالاخت الاخرى ومن ورثها بأقوى القرابتين ورثها الثلث بكونها أما ولم يحجبها بنفسها

﴿مسئلة﴾ (ولا يرثون بنكاح ذوات المحارم ولا بنكاح لا يقرون عليه، لو أسلموا)

المجوس ومن جرى مجراهم ممن ينكح ذوات المحارم إذا أسلموا وتحاكموا الينا. قال شيخنا لا نعلم خلافا

من أسلم على ميراث قبل أن يقسم فله نصيبه فقضى به عثمان فذهبت بذلك الاول وشاركني في هذا وهذه قضية انتشرت فلم تنكر فكانت اجماعا ولانه لو تجدد له صيد بعد موته وقع في شبكته التي نصبها في حياته لثبت له الملك فيه ، ولو وقع انسان في بئر حفرها لتعلق ضمانه بتركته بعد موته فجاز أن يتجدد حق من أسلم من ورثته بتركته ترغيبا في الاسلام وحثا عليه ، فأما اذا قسمت التركة وتعين حق كل وارث ثم أسلم فلا شيء له وإن كان الوارث واحداً فاذا تصرف في التركة واحتازها كان بمنزلة قسمتها

(فصل) ومن كان رقيقا حين موت موروثه فأعتق قبل القسمة لم يرث ، نص عليه أحمد رضي الله عنه في رواية محمد بن الحكم وفرق بين الاسلام والعتق وعلى هذا جمهور الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم . وروي عن ابن مسعود أنه سئل عن رجل مات وترك أباه عبداً فأعتق قبل أن يقسم ميراثه فقال له ميراثه .

وحكي عن مكحول وقتادة أنهما ورثا من أعتق قبل القسمة لأن المانع من الميراث زال قبل القسمة فأشبه مالو أسلم ، قال أبو الحسن التميمي يخرج على قول من ورث المسلم أن يورث العبد اذا أعتق وليس بصحيح فان الاسلام قربة وهو أعظم الطاعات، والقرب ورد الشرع بالتأليف عليها

في أنهم لا يرثون بنكاح ذوات المحارم فأما غيره من الانكحة فكل نكاح اعتقدوا صحته وأقروا عليه بعد إسلامهم توارثوا به سواء وجد بشروطه المعتبرة في نكاح المسلمين أولا ومالا يقرون عليه بعد اسلامهم لا يتوارثون به والمجوس وغيرهم في هذا سواء فلو طلق الكافر امرأته ثم نكحها ثم أسلما لم يقرا عليه وإن مات أحدهما لم يرثه الآخر وكذلك إن مات أحدهما قبل اسلامهما لم يتوارثا في قول الجميع وأصل الاختلاف في الميراث الاختلاف فيما يقران عليه أن أسلما أو تحاكما الينا ونذكر ذلك في نكاح الكفار إن شاء الله تعالى

(فصل) وإذا مات ذمي لا وارث له كان ماله فيئا وكذلك ما فضل من ماله عن وارثه كمن ليس له وارث الا أحد الزوجين لانه مال ليس له مستحق معين فكان فيئا كمال الميت المسلم الذي هو كذلك مسائل من هذا الباب مجوسي تزوج ابنته فأولدها بنتا ثم مات عنهما فلهما الثلثان لأنهما ابنتان ولا ترث الكبرى بالزوجية في قول الجميع فان ماتت الكبرى بعده فقد تركت بنتاً هي أخت لاب فلها النصف بالبنوة والباقي بالاخوة وإن ماتت الصغرى أولا فقد تركت أما هي أخت لاب فلها النصف والثلث بالقرابتين ومن ورث بأقوى القرابتين لم يورثها بالأخوة شيئا في المسئلتين وقال بن شريح يحتمل قول الشافعي توريثها بالقرابتين في المسئلة الاولى لانه لم يمنع توريث الشخص بفرض وتعصيب لتوريثه ابن العم اذا كان زوجاً أو أخا لام وانما منع الارث بفرضين فان كان المجوسي أولدها بنتين ثم مات وماتت الكبرى بعده فقد تركت بنتين هما أختان لاب وان لم تمت الكبرى بل ماتت احدى الصغيرتين فقد تركت أختاً لابوين وأما هي أخت لاب فلامها السدس بكونها أما والسدس بكونها أختا لاب

فورد الشرع بتوريثه ترغيبا له في الاسلام وحثا عليه والعتق لاصنع له فيه ولا يحمد عليه فلم يصح قياسه عليه ولولا ماورد من الأثر من توريث من أسلم لكان النظر يقتضي أن لايرث من لم يكن من أهل الميراث حين الموت لان الملك ينتقل به إلى الورثة فيستحقونه فلا يبقى لمن حدث شيء ، لكن خالفناه في الاسلام للأثر ، وليس في العتق أثر يجب التسليم له ولا هو في معنى ما فيه الأثر فيبقى على موجب القياس .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومتى قتل المرتد على ردته فماله فيء)

اختلفت الرواية عن أحمد في مال المرتد اذا مات أو قتل على ردته فروي عنه أن يكون فيئا في بيت مال المسلمين ، قال القاضي هو صحيح في المذهب وهو قول ابن عباس وربيعة ومالك وابن أبي ليلى والشافعي رضي الله عنه وأبي ثور وابن المنذر ، وعن أحمد مايدل على أنه لورثته من المسلمين، وروي ذلك عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ، وبه قال ابن المسيب وجابر بن زيد والحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء والشعبي والحكم والاوزاعي والثوري وابن شبرمة وأهل

واحجبت بنفسها وأختها عن السدس وللاخت النصف وعلى القول الآخر لها الثلث بالامومة ولاشيء لها بالاخوة ولا تحجب بها وللاخت النصف فقد استوى الحكم في القولين وان اختلف طريقها وعلى ما حكاه سحنون لها السدس وتحجب بنفسها وأختها وان أولدها المجوسي ابناً وبنتاً ثم مات وماتت الصغرى بعده فقد خلفت أما هي أخت لاب وأخا لاب وأم فلامها السدس والباقي للاخ ولا شيء للام بالاخوة لان الاخ للابوين يحجبها وعلى القول الآخر للام الثلث كاملا إذا تزوج المجوسي أمه فأولدها بنتاً ثم مات فلامه السدس ولابنته النصف ولا ترث أمه بالزوجية ولا ابنته بكونها أختاً لام شيئاً وإن ماتت الكبرى بعده فقد خلفت بنتاً هي بنت ابن فلها الثلثان بالقرابتين وعلى القول الآخر لها النصف وإن ماتت الصغرى بعده فقد تركت أما هي أم أب فلها الثلث بالامومة لا غير على القولين جميعاً وان تزوج ابنته فأولدها بنتاً ثم تزوج الصغرى فأولدها بنتاً ثم مات وماتت الكبرى بعده فقد تركت أختيها لابيها احداهما بنتها والاخرى بنت بنتها فلبنتها النصف والباقي بينهما وعلى القول الآخر لبنتها النصف والباقي للصغرى وإن ماتت الوسطى بعده فقد تركت أختيها إحداهما أمها والاخرى بنتها فلامها السدس ولبنتها النصف والباقي بينهما وعلى القول الآخر الباقي للعصبة وإن ماتت الصغرى بعد فقد خلفت أختيها إحداهما أمها والاخرى جدتها فلامها السدس والثلثان بينهما وقد انحجبت الام بنفسها وبأمها عن السدس وعلى القول الآخر من جعل الاخوة أقوى فللكبرى النصف وللوسطى الثلث والباقي للعصبة ومن جعل الجدودة أقوى لم يورث الكبرى شيئا لانها لا ترث بالاخوة لكونها ضعيفة ولا بالجدودة لكونها محجوبة بالأمومة وإن ماتت الصغرى بعد الوسطى فقد خلفت جدة هي أخت لاب فلها الثلثان

العراق واسحاق لان الثوري وأبا حنيفة واللؤلؤي واسحاق قالوا ما اكتسبه في ردته يكون فيئا ولم يفرق أصحابنا بين تلاد ماله وطارفه ووجه هذا القول أنه قول الخليفتين الراشدين فانه يروى عن زيد بن ثابت قال بعثني أبو بكر عند رجوعه إلى أهل الردة أن أقسم أموالهم بين ورثتهم المسلمين ، ولان ردته ينتقل بها ماله فوجب أن ينتقل إلى ورثته المسلمين كما لو انتقل بالموت

وروي عن أحمد رواية أن ماله لاهل دينه الذي اختاره إن كان منه من يرثه وإلا فهو فيء ، وبه قال داود ، وروي عن علقمة وسعيد بن أبي عروة لانه كافر فورثه أهل دينه كالحربي وسائر الكفار والمشهور الاول لقول النبي ﷺ « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » وقوله « لا يتوارث أهل ملتين شتى » ولانه كافر فلا يرثه المسلم كالكافر الاصلي ، ولان ماله مال مرتد فأشبه الذي كسبه في ردته ، ولا يمكن جعله لاهل دينه لانه لا يرثهم فلا يرثونه كغيرهم من أهل الاديان ، ولانه يخالفهم في حكمهم فانه لا يقر على ما انتقل اليه ولا تؤكل له ذبيحة ولا يحل نكاحه إن كان امرأة فأشبه الحربي مع الذمي ، فان قيل اذا جعلتموه فيئا فقد ورثتموه المسلمين قلنا لا يأخذونه ميراثا بل يأخذونه فيئا كما يؤخذ مال الذمي اذا لم يخلف وارثا وكالعشور

بالقرابتين ومن ورث باحداهما فلها السدس عند قوم وعندابن شريح ومن وافقه لها النصف وهي اختيار الخبري ، مجوسي تزوج أمه فأولدها بنتاً ثم تزوج بنته فأولدها ابنا ثم تزوج الابن جدته فأولدها بنتاً ثم مات المجوسي ثم ماتت أمه فقد خلفت بنتاً هي بنت ابن وبنتاً أخرى هي بنت ابن ابن وخلفت ابن ابن هو زوجها فلابنتيها الثلثان والباقي بين الكبرى وابنها على ثلاثة وتصح من تسعة للكبرى أربعة وللصغرى ثلاثة وللذكر سهمان وعلى القول الآخر الباقي للذكر وحده فان ماتت بعده بنته فان الكبرى جدتها أم أبيها وهي أختها من أمها فلها السدسان بالقرابتين وفي الثاني لها سدس باحداهما

(فصل) وان وطيء مسلم بعض محارمه بشبهة أو اشتراها وهو لا يعرفها فوطئها وولدت له واتفق مثل هذه لانسان فالحكم فيها مثل هذا سواء

(فصل) في التزويج في المرض والصحة ، حكم النكاح في الصحة ، والمرض سواء في صحة العقد وتوريث كل واحد منهما من صاحبه في قول الجمهور وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك اي الزوجين كان مريضاً مرضاً مخوفا حال عقد النكاح فالنكاح فاسد لا يتوارثان به إلا أن يصيبها فيكون لها المسمى في ثلاثة مقدما على الوصية وعن الزهري ويحيى بن سعيد مثله واختلف أصحاب مالك في نكاح من لا يرث كالامة والذمية فقال بعضهم يصح لانه لا يتهم بقصد توريثها ومنهم من أبطله لجواز أن تكون وارثة وقال ربيعة وابن أبي ليلى الصداق والميراث من الثلث وقال الاوزاعي النكاح صحيح ولا ميراث بينهما وعن القاسم بن محمد والحسن ان قصد الاضرار بورثته فالنكاح باطل وإلا فهو صحيح

(فصل) والزنديق كالمرتد لا يرث ولا يورث ، وقال مالك في الزنديق الذي يتهم بزي ورثته عند موته ماله لورثته من المسلمين مثل من يرتد اذا حضره الموت قال وترثه زوجته سواء انقضت عدتها أو لم تنقض كالتي يطلقها زوجها في مرض موته ليحرمها الميراث لانه فار من ميراث من انعقد سبب ميراثه فورثه كالمطلقة في مرض الموت

ولنا قول النبي ﷺ « لا يرث المسلم الكافر » وقياس المذهب أن أحد الزوجين اذا ارتد في مرض موته يرثه الآخر لانه فعل مايفسخ النكاح في مرض موته فأشبه الطلاق وفعل المرأة مايفسخ نكاحها ويخرج في ميراث سائر الورثة مثل الزوجين فيكون مثل مذهب مالك ، وقال أبو يوسف اذا ارتدت المريضة فماتت في عدتها أو لحقت بدار الحرب ورثها زوجها

وروى اللؤلؤي عن أبي حنيفة اذا ارتد الرجل فقتل على ردته ألحق بدار الحرب بانت منه امرأته فان كانت مدخولا بها ورثته اذا كان ذلك قبل انقضاء عدتها ، وإن كانت غير مدخول بها بانت ولم ترثه ، وإن ارتدت المرأة من غير مرض فماتت لم يرثها زوجها لانها عندهم لا تقتل فلم تكن فارة من ميراثه بخلاف الرجل

ولنا أنه عقد معاوضة يصح في الصحة فصح في المرض كالبيع ولانه نكاح صدر من أهله في في محله بشرطه فصح كحال الصحة وقد روينا أن عبدالرحمن بن أم الحكم تزوج في مرضه ثلاث نسوة أصدق كل واحدة ألفاً ليضيق بهن على امرأته ويشركنها في ميراثها فأجيز ذلك واذا ثبت صحة النكاح ثبت الميراث بعموم الآية

(فصل) ولا فرق في ميراث الزوجين بين ما قبل الدخول وبعده لعموم الآية ولان النبي ﷺ قضى في بروع بنت واشق أن لها الميراث وكان زوجها مات عنها قبل الدخول بها ولم يكن فرض لها صداقا ولان النكاح صحيح ثابت فيورث به كما بعد الدخول

(فصل) فأما النكاح الفاسد فلا يثبت به التوارث بين الزوجين لانه ليس بنكاح شرعي ومتى اشتبه من نكاحها فاسد بمن نكاحها صحيح فالمنصوص عن أحمد أنه قال فيمن تزوج أختين لا يدري أيهما تزوج أول؟ أنه يفرق بينهما وتوقف عن ان يقول في الصداق شيئاً قال أبو بكر يتوجه على قوله أن يقرع بينهما فعلى هذا الوجه يقرع بينهما في الميراث إذا مات عنهما وعن النخعي والشعبي ما يدل على أن الميراث يقسم بينهن على حسب الدعاوى والتنزيل كميراث الخناثى وهو قول أبي حنيفة وأصحابه وقال الشافعي يوقف المشكوك فيه من ذلك حتى يصطلحن عليه أو يتبين الامر فلو تزوج امرأة في عقد وأربعاً في عقد ثم مات وخلف أخا ولم يعلم أي العقدين سبق ففي قول أبي حنيفة كل واحدة تدعي مهراً كاملا ينكره الاخ فيعطي كل واحدة نصف مهر ويؤخذ ربع الباقي تدعيه الواحدة والاربع فيقسم نصفه للواحدة ونصفه للاربع وعند الشافعي أكثر ما يجب عليه أربعة مهور فيأخذ

(فصل) وارتداد الزوجين معا كارتداد أحدهما في فسخ نكاحهما وعدم ميراث أحدهما من الآخر سواء لحقا بدار الحرب أو أقاما بدار الاسلام، وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة إذا ارتدا معا لم ينفسخ النكاح ولم يتوارثا لان المرتد لا يرث المرتد ما داما في دار الاسلام فان لحقا بدار الحرب توارثا

ولنا أنهما مرتدان فلم يتوارثا كما لو كانا في دار الاسلام. ولو ارتدا جميعا ولهما أولاد صغار لم يتبعوهم في ردتهم ولم يرثوا منهم شيئا ولم يجز استرقاقهم سواء لحقوهم بدار الحرب أو لم يلحقوهم، وبهذا قال الشافعي رحمه الله وقال أبو حنيفة وأصحابه من ألحقوه بدار الحرب منهم يصير مرتداً يجوز سبيه ومن لم يلحقوه بدار الحرب فهو في حكم الاسلام، فأما من ولد بعد الردة بستة أشهر فذكر الخرقي رضي الله عنه ما يدل على انه يجوز استرقاقه، وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي والقول الثاني لا يسبون وهو منصوص الشافعي.

(فصل) فاذا لحق المرتد بدار الحرب وقف ماله فان اسلم دفع اليه وان مات صار فيئا، وبهذا قال مالك والشافعي رضي الله عنهما وجعل أهل العراق لحاقه بدار الحرب كونه في زوال ملكه وصرف

ذلك يوقف منها مهر بين النساء الخمس ويبقى ثلاثة تدعي الواحدة ربعها ميراثاً ويدعي الاخ ثلاثة أرباعها فيوقف منها ثلاثة أرباع مهر بين النساء الخمس وباقيها وهو مهران وربع بين الاربع والاخ ثم يؤخذ ربع ما بقي فيوقف بين النساء الخمس والباقي للاخ

(فصل) فان تزوج امرأة في عقد واثنتين في عقد وثلاثاً في عقد ولم يعلم السابق فالواحدة نكاحها صحيح فلها مهرها ويبقى الشك في الخمس، فعلى قول أهل العراق لهن مهران بيقين والثالث لهن في حال دون حال فيكون لهن نصفه ثم يقسم ذلك بينهن لكل واحدة نصف مهر ثم يؤخذ ربع الباقي لهن ميراثاً فللواحدة ربعه يقيناً وتدعي نصف سدسه فتعطى نصفه فيصير لها من الربع سدسه وثمنه وذلك سبعة من أربعة وعشرين والاثنتان يدعيان ثلثه وهو ستة عشر سهماً فيعطين نصفه وهو ثمانية أسهم والثلاث يدعين ثلاثة أرباعه وهو ثمانية عشر سهما فيعطين تسعه وهذا قول محمد بن الحسن، وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف تقسم السبعة بين الثلاث والاثنتين نصفين فيصير الربع من ثمانية وأربعين ثم تضرب الاثنين في الثلاث ثم في ثمانية واربعين تكن مائتين وثمانية وثمانين فهذا ربع المال، وعند الشافعي تعطى الواحدة مهرها ويوقف ثلاثة مهور مهران منها بين الخمس ومهر تدعي الواحدة والاثنتان ربعه ميراثاً وتدعيه الثلاث مهراً وثلاثة أرباعه يدعيه الاخ ميراثا وتدعيه الثلاث مهراً ويؤخذ ربع ما بقي فيدفع ربعه إلى الواحدة ونصف سدسه بين الواحدة والثلاث موقوف وثلثاه بين الثلاث والاثنتين موقوف فان طلبت واحدة من الخمس شيئاً من الميراث الموقوف لم يدفع اليها شيء وكذلك إن طلبه أحد الفريقين لا يدفع اليه شيء وان طلب واحدة من الثلاث وواحدة من الاثنتين دفع اليهما ربع الميراث وان طلبه واحدة

ماله إلى من يصرف اليه إذا مات فان عاد الى الاسلام فله ما وجد من ماله ولا يرجع على ورثته بشيء مما أتلفوه الا أن يكونوا اقتسموه بغير حكم حاكم ولم يختلفوا فيما اكتسبوه في دار الحرب أو اخرجه من ماله الى دار الحرب أنه فيء، وقال أبو بكر عبد العزيز إذا ارتد المسلم زال ملكه عن ماله ولم يصح تصرفه فيه بشيء من التصرفات فان أسلم رد اليه تمليكا مستأنفا، وقال أبو يوسف انما أحكم بموته يوم يختصمون في ماله لا يوم لحاقه بدار الحرب

ولنا أنه حر من أهل التصرف ويبقى ملكه بعد اسلامه فلم يحكم بزوال ملكه كما لو لم يرتد ويجب رد ما أخذ من ماله أو أتلف عليه كغيره

(فصل) ومتى مات الذمي ولا وارث له كان ماله فيأ، وكذلك ما فضل من ماله عن وارثه كمن ليس له وارث الا أحد الزوجين فان الفاضل عن ميراثه يكون فيأ لانه مال ليس له مستحق معين فكان فيأ كمال الميت المسلم الذي لا وارث له

(فصل) في ميراث المجوس ومن جرى مجراهم ممن ينكح ذوات المحارم إذا أسلموا وتحاكموا الينا، لانعلم بين علماء المسلمين خلافا في انهم لا يرثون بنكاح ذوات المحارم، فاما غيره من الانكحة فكل

من الاثنتين واثنتان من الثلاث أو الثلاث كلهن دفع اليهن ثلثه وان عين الزوج المنكوحات أولا قبل تعيينه وثبت، وان وطيء واحدة منهن لم يكن ذلك تعيينا لها وهذا قول الشافعي، وللموطوءة الاقل من المسمى أو مهر المثل ويكون الفضل بينهما موقوفا وعلى قول أهل العراق يكون تعيينا، فاذا كانت الموطوءة من الاثنتين صح نكاحها وبطل نكاح الثلاث، وان كانت من الثلاث بطل نكاح الاثنتين وان وطيء واحدة من الاثنتين وواحدة من الثلاث صح نكاح الفريق المبدوء بوطء واحدة منه وللموطوءة التي لم يصح نكاحها مهر مثلها، فان أشكل أيضا أخذ منه اليقين وهو مهران مسميان ومهر مثل ويبقى مهر مسمى تدعيه النسوة وينكره الاخ فيقسم بينهما فيحصل للنسوة مهر مثل ومسميان ونصف منها مهر مسمى ومهر مثل يقسم بين الموطوءتين نصفين ويبقى مسمى ونصف بين الثلاث الباقيات لكل واحدة نصف مسمى والميراث على ما تقدم، وعند الشافعي لا حكم للوطء في التعيين وهل يقوم تعيين الوارث مقام تعيين الزوج فيه قولان فعلى قوله يؤخذ مسمى ومهر مثل الموطوءتين تعطى كل الاقل من المسمى أو مهر المثل ويقف الفضل بينهما ويبقى مسميان ونصف يقف أحدهما بين الثلاث اللاتي لم يوطأن وآخر بين الثلاث والاثنتين، والميراث على ما تقدم، وحكي عن الشعبي والنخعي فيمن له أربع نسوة أبت طلاق احداهن ثم نكح خامسة ومات ولم يدر أيتهن طلق فللخامسة ربع الميراث وللاربع ثلاثة أرباعه بينهن وهذا مذهب أبي حنيفة إذا كان نكاح الخامسة بعد انقضاء عدة المطلقة، ولو أنه قال بعد نكاح الخامسة احدى نسائي طالق ثم نكح سادسة ثم مات قبل ان يبين فللسادسة ربع الميراث وللخامسة ربع ثلاثة الارباع

نكاح اعتقدوا صحته وأقروا عليه بعد اسلامهم توارثوا به سواء وجد بشروطه المعتبرة في نكاح المسلمين او لم يوجد وما لا يقرون عليه بعد اسلامهم لا يتوارثون به ، والمجوس وغيرهم في هذا سواء فلو طلق الكافر امرأته ثلاثا ثم نكحها ثم أسلما ومات احدهما لم يقرا عليه ولم يتوارثا به وكذلك ان مات أحدهما قبل اسلامهما لم يتوارثا في قول الجميع ، وإن تزوجها بغير شهود ثم مات أحدهما ورثه الآخر وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي رضي الله عنهم ، وقال زفر واللؤلؤي لا يتوارثان ، وان تزوج امرأة في عدتها توارثا في ظاهر مذهب أحمد رضي الله عنه فانه قال إذا أسلما وقد نكحها في العدة أقرا عليه ، وهذا قول أبي حنيفة وقال القاضي ان اسلما بعد انقضاء العدة أقرا وإن اسلما قبل لم يقرا فعلى هذا إن مات احدهما قبل انقضاء العدة لم يتوارثا وإن مات بعده توارثا ، وهذا قول الشافعي رضي الله عنه وتأول القاضي رواية أحمد على من أسلم بعد انقضاء العدة ، وإن تزوجها وهي حبلى من زوج أو زنا فالحكم فيه كالتي قبلها سواء لان الزنا موجب للعدة ، وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه في الحامل من زوج ، وقال أبو حنيفة وأصحابه في الحامل من زوج لا يتوارثان ، وقال أبو حنيفة والشافعي في الحامل من الزنا يتوارثان وقال أبو يوسف وزفر واللؤلؤي لا يتوارثان ، وأصل الخلاف في الميراث الاختلاف فيما يقران عليه إذا أسلما أو تحاكما الينا ونذكر ذلك في موضعه ان شاء الله تعالى

الباقية وما بقي بين الاربع الاول ارباعا وفي قول الشافعي ما أشكل من ذلك موقوف على ما تقدم

﴿ باب ميراث المطلقة ﴾

(إذا طلقها في صحته أو مرض غير مخوف طلاقا بائناً قطع التوارث بينهما)

وجملة ذلك أن الرجل إذا طلق امرأته في صحته طلاقا بائناً أو رجعيا فبانت بانقضاء عدتها لم يتوارثا إجماعا لزوال الزوجية التي هي سبب الميراث وكذلك ان طلقها في مرض غير مخوف لان حكم الطلاق فيه حكم الطلاق في الصحة، فان طلقها في المرض المخوف فصح من مرضه ذلك ومات بعده لم ترثه في قول الجمهور وروي عن النخعي والشعبي والثوري وزفر أنها ترثه لانه طلاق في مرض مخوف قصد به الفرار من الميراث فلم يمنعه كما لو لم يصح

ولنا أن هذه بائن بطلاق في غير مرض الموت فلم ترثه كالمطلقة في الصحة ولان حكم هذا المرض حكم الصحة في العطايا والعتاق والاقرار فكذلك في الطلاق وما ذكروه يبطل بما إذا قصد الفرار في الصحة

(مسئلة) (وان كان الطلاق رجعيا لم يقطعه مادامت في العدة)

سواء كان في المرض أو الصحة بغير خلاف نعلمه روي ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وذلك لان الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه ويملك امساكها بالرجعة بغير رضاها ولا ولي ولا شهود ولا صداق جديد

(فصل) فأما القرابة فيرثون بجميعها إذا أمكن ذلك نص عليه أحمد وهو قول عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وزيد في الصحيح عنه وبه قال النخعي والثوري وقتادة وابن أبي ليلى وأبو حنيفة وأصحابه ويحيى بن آدم وإسحاق وداود والشافعي رضي الله عنهم في أحد قوليه واختاره ابن اللبان وعن زيد أنه ورثه بأقوى القرابتين وهي التي لا تسقط بحال، وبه قال الحسن والزهري والاوزاعي ومالك والليث وحماد وهو الصحيح عن الشافعي، وعن عمر بن عبدالعزيز ومكحول والشعبي القولان جميعاً، واحتجوا بأنهما قرابتان لا يورث بهما في الاسلام فلا يورث بهما في غيره كالو أسقطت احداهما الاخرى ولنا أن الله تعالى فرض للام الثلث وللاخت النصف فاذا كانت الام أختاً وجب إعطاؤها ما فرض الله لها في الآيتين كالشخصين ولانهما قرابتان ترث بكل واحدة منهما منفردة لا تحجب احداهما الاخرى ولا ترجح بها فترث بهما مجتمعين كزوج هو ابن عم أو ابن عم هو أخ من أم وكذوي الارحام المدلين بقرابتين، وقياسهم فاسد لان القرابتين في الاصل تسقط احداهما الاخرى إذا كانا في شخصين فكذلك إذا كانا في شخص، وقولهم لا يورث بهما في الاسلام ممنوع فانه اذا وجد ذلك من وطء شبهة في الاسلام

(مسئلة) (وان طلقها في مرض الموت المخوف طلاقاً لا يتهم فيه بأن سألته الطلاق او علق طلاقها على فعل لها منه بد ففعلته أو علقه على شرط في الصحة فوجد في المرض او طلق من لا ترث كالامة والذمية فعتقت وأسلمت فهو كطلاق الصحيح في أصح الروايتين)

اذا سألته الطلاق في مرضه فأجابها فقال القاضي فيه روايتان (إحداهما) لا ترثه لانه ليس بفار (والثانية) ترثه لانه طلقها في مرضه وهو قول مالك، وكذلك الحكم اذا خالعها أو علق الطلاق على مشيئتها فشاءت أو على فعل من جهتها لها منه بد ففعلته أو خيرها فاختارت نفسها، والصحيح في هذا كله أنها لا ترثه لانه لا فرار منه وهذا قول أبي حنيفة والشافعي فان لم تعلم بتعليق طلاقها ففعلت ما علق عليه ورثته لانها معذورة فيه، ولو سألته طلقة فطلقها ثلاثاً ورثته لانه أبانها بما لم تطلبه منه فان علق طلاقها على شرط في الصحة فوجد في المرض كقدوم زيد ومجيء زيد وصلاتها الفرض بانت ولم ترثه وذكر القاضي رواية أخرى أنها ترث وهو قول مالك لان الطلاق وقع في المرض والاول أصح

(مسئلة) (فان طلق الزوج المسلم امرأته الذمية أو الامة في المرض طلاقاً بائناً ثم أسلمت الذمية وعتقت الامة ثم مات في عدتهما لم يرثاه لانه لم يكن عند الطلاق فاراً)

وفيه رواية أخرى أنها ترث لانه طلاق في مرض الموت فورثته كغيرها هكذا ذكره شيخنا في الكتاب المشروح ولم يذكر في المغني والكافي هذه الرواية الاخيرة

(فصل) فان قال لهما أنتما طالقتان غداً فعتقت الامة وأسلمت الذمية لم يرثاه لانه غير فار

(مسئلة) (وان قال سيد الامة أنت حرة غداً فطلقها اليوم وهو يعلم بقول السيد ورثته) لانه فار وان لم يعلم لم ترثه لعدم الفرار وبه قال ابو حنيفة والشافعي ولم أعلم فيه مخالفا

ورث بهما ثم ان امتناع الارث بهما في الاسلام لعدم وجودهما ، ولو تصور وجودهما لورث بهما بدليل انه قد ورث بنظيرهما في ابن عم هو زوج أو أخ من أم

قال ابن اللبان : واعتبارهم عندي فاسد من قبل ان الجدة تكون أختاً لاب ، فان ورثوها بكونها جدة لكون الابن يسقط الاخت دونها لزمهم توريثها بكونها أختاً لكون الام تسقط الجدة دونها وخالفوا نص الكتاب في فرض الاخت وورثوا الجدة التي لا نص للكتاب في فرضها، وهو مختلف فيه فنهم من قال هو طعمة و ليس بفرض مستحق[1] ويلزمهم ان الميت إذا خلف أمه وأم أم هي أخت ان لا يورثوها شيئا لان الجدودة محجوبة وهي أقوى القرابتين ، وان قالوا نورثها مع الام بكونها أختا نقضوا اعتبارهم بكونها أقوى القرابتين وجعلوا الاخوة تارة أقوى وتارة أضعف ، وإن قالوا أقوى القرابتين الاخوة لان ميراثها أوفر لزمهم في أم هي أخت جعل الاخوة أقوى من جهة الامومة، ويلزمهم في إسقاط ميراثها مع الابن والاخ من الابوين ما لزم القائلين بتقديم الجدودة مع الام .فان قالوا نورثها بالقرابتين يفضي الى حجب الام بنفسها إذا كانت أختا و للميت أخت أخرى قلنا وما المانع من هذا ؟ فان الله تعالى حجب الام بالاختين بقوله (فان كان له إخوة فلامه السدس) من غير تقييد بغيرها ثم قد حجبوها عن ميراث

[1] في نسخة مسمى

(فصل) إذا قال لامرأته في صحته إذا مرضت فأنت طالق فحكمه حكم طلاق المريض سواء وان أقر في مرضه أنه كان طلقها في صحته ثلاثا لم يقبل اقراره عليها وكان حكمه حكم طلاقه في مرضه وبه قال مالك وابو حنيفة ويقبل عند الشافعي ولنا أنه أقر بما يبطل به حق غيره فلم يقبل كما لو أقر بمالها

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان متهما بقصد حرمانها الميراث مثل أن طلقها ابتداء أو علقه على فعل لا بد لها منه كالصلاة ونحوها ففعلته أو قال للامة اوذمية اذا أسلمت اوعتقت فأنت طالق أو علم أن سيد الامة قال لها أنت حرة غداً فطلقها اليوم ورثته مادامت في العدة ولم يرثها)

وجملته أنه إذا طلقها في المرض المخوف طلاقا بائنا ثم مات من مرضه ذلك في عدتها ورثته ولم يرثها ان ماتت يروى هذا عن علي وعمر وعثمان ، وبه قال شريح وعروة والحسن والشعبي والنخعي والثوري وأبو حنيفة في أهل العراق ومالك في أهل المدينة وابن أبي ليلى وهو قول الشافعي القديم ، وروي عن عبدالله بن الزبير لا ترث مبتوتة ويروى ذلك عن علي وعبدالرحمن بن عوف وهو قول الشافعي الجديد لانها بائن فلا ترث كالبائن في الصحة أو كما لو كان الطلاق باختيارها ولان أسباب الميراث محصورة في رحم ونكاح وولاء وليس لها شيء من هذه الاسباب

ولنا أن عثمان رضي الله عنه ورث تماضر بنت الاصبغ الكلبية من عبدالرحمن بن عوف وكان طلقها في مرضه فبتها واشتهر ذلك في الصحابة فلم ينكر فكان اجماعا ولم يثبت عن علي وعبدالرحمن خلاف هذا بل قد روى عروة أن عمر قال لعبد الرحمن ان مت فلأورثنها منك قال قد علمت ذلك، وماروي عن ابن

الاخت بنفسها فقد دخلوا فيما أنكروه بل هو أعظم لانهم فروا من حجب التنقيص إلى حجب الاسقاط وأسقطوا الفرض الذي هو أوفر بالكلية محافظة على بعض الفرض الادنى وخالفوا مدلول أربعة نصوص من كتاب الله تعالى لانهم أعطوا الام الثلث وانما فرض الله لها مع الاختين السدس (والثاني) ان الله تعالى انما فرض لكل واحدة من الاختين ثلثا فأعطوا إحداهما النصف كاملا (والثالث) ان الله تعالى فرض للاختين الثلثين وهاتان أختان فلم يجعلوا لهما الثلثين (الرابع) ان مقتضى الآية أن يكون لكل واحدة من الاختين الثلث وهذه أخت فلم يعطوها بكونها أختا شيئا، وهذا كله معنى كلام ابن اللبان

(فصل) والمسائل التي تجتمع فيها قرابتان يصح الارث بهما ست (إحداهن) في الذكور وهي عم هو أخ لام (وخمس) في الاناث وهي بنت هي أخت أو بنت ابن وأم هي أخت وأم أم هي أخت لاب وأم أب هي أخت لام، فمن ورثهم بأقوى القرابتين ورثهم بالبنوة والامومة دون الاخوة وبنوة الابن. واختلفوا في الجدة اذا كانت أختا فمنهم من قال الجدودة أقوى لانها جهة ولادة لا تسقط بالولد، ومنهم من قال الاخوة أقوى لانها أكثر ميراثا. قال ابن شريح وغيره هو الصحيح، ومن ورث بأقوى

الزبير ان صح فهو مسبوق بالاجماع ولانه قصد قصداً فاسداً في الميراث فعورض بنقيض قصده كالقاتل القاصد استعجال الميراث يعاقب بحرمانه

﴿ مسئلة ﴾ (وان علق طلاقها على فعل لابد لها منه كالصلاة المكتوبة والصيام الواجب ففعلته فحكمه حكم طلاقه ابتداء) في قول الجميع وكذلك لو علقه على كلام أبويها ولاحدهما

﴿ مسئلة ﴾ (وهل ترثه بعد العدة أو ترثه المطلقة قبل الدخول ؟ على روايتين)

المشهور عن أحمد رحمه الله أنها ترثه في العدة وبعدها ما لم تتزوج قال أبو بكر لا يختلف قول أبي عبدالله في المدخول بها أنها ترثه في العدة وبعدها ما لم تتزوج روي ذلك عن الحسن وهو قول البتي وحميد وابن أبي ليلى وبعض البصريين وأصحاب الحسن ومالك في أهل المدينة، وذكر عن أبي ابن كعب لما روى ابو سلمة بن عبدالرحمن أن أباه طلق أمه وهو مريض فمات فورثته بعد انقضاء العدة ولان سبب توريثها فراره من ميراثها وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة، وفيه رواية أخرى أنها لا ترث بعد العدة وهذا قول عروة وأبي حنيفة وأصحابه وقول الشافعي القديم لانها تباح لزوج آخر فلم ترثه كما لو كان في الصحة ولان توريثها بعد العدة يفضي إلى توريث أكثر من أربع نسوة فلم يجز كما لو تزوجت، والمطلقة قبل الدخول في مرضه المخوف فيها روايتان كالتي انقضت عدتها إذا كانت كل واحدة منهما لا عدة لها

﴿ مسئلة ﴾ (وان تزوجت في عدتها لم ترثه سواء كانت في الزوجية أو بانت من الزوج الثاني

القرابتين لم يحجب الام بأخوة نفسها إلا ما حكاه سحنون عن مالك انه حجبها بذلك والصحيح عنه الاول ومن ورث بالقرابتين حجبها بذلك ، ومتى كانت البنت أختا والميت رجل فهي أخت لام وان كان امرأة فهي أخت لاب، وان قيل أم هي أخت لام أو أم أم هي أخت لام أو أم أب هي أخت لاب فهو محال

(مسائل) من ذلك مجوسي تزوج ابنته فأولدها بنتا ثم مات عنهما فلهما الثلثان لانهما ابنتان ولا ترث الكبرى بالزوجية شيئا في قولهم جميعا فان ماتت الكبرى بعده فقد تركت بنتا هي أخت لاب فلها النصف بالبنوة والباقي بالاخوة ، وان ماتت الصغرى قبل الكبرى فقد تركت أما هي أخت لاب فلها النصف والثلث بالقرابتين ، ومن ورث بأقوى القرابتين لم يورثها بالاخوة شيئا في المسئلتين

وقال ابن شريح يحتمل قول الشافعي رضي الله عنه توريثها بالقرابتين في المسئلتين لانه لم يمنع توريث الشخص بفرض وتعصيب لتوريثه ابن العم اذا كان زوجا أو أخا لام وانما منع الارث بفرضين ، فان كان المجوسي أولدها بنتين ثم مات وماتت الكبرى بعده فقد تركت بنتين هما أختان لاب وان لم تمت الكبرى بل ماتت احدى الصغيرتين فقد تركت أختا لابوين وأما هي أخت لاب

هذا قول أكثر أهل العلم ، وقال مالك في أهل المدينة ترثه لما ذكرنا الرواية الاولى في المسئلة قبلها ولانها شخص يرث مع انتفاء الزوجية فورث معها كسائر الوارثين

ولنا أن هذه وارثة من زوج فلا ترث زوجا سواه كسائر الزوجات ولان التوريث في حكم النكاح فلا يجوز اجتماعه مع نكاح آخر كالعدة ولانها فعلت باختيارها ما ينافي نكاح الاول فأشبه ما لو كان فسخ النكاح من قبلها وهكذا لو ارتدت في عدتها ولم تسلم أو فعلت ما ينافي نكاح الاول

(فصل) اذا طلق امرأته ثلاثا قبل الدخول في المرض فقال أبو بكر فيها أربع روايات (احداهن) لها الصداق كاملا والميراث وعليها العدة اختارها أبو بكر وهو قول الحسن وعطاء وأبي عبيد لان الميراث ثبت للمدخول بها لفراره منه وهذا فار، واذا ثبت الميراث ثبت وجوب تكميل الصداق، قال شيخنا وينبغي أن تكون العدة عدة الوفاة لانا جعلناها في حكم من توفي عنها وهي زوجة ولان الطلاق لا يوجب عدة على غير المدخول بها (الثانية) لها الميراث والصداق ولا عدة عليها وهو قول عطاء لان العدة حق عليها فلا تجب بفراره (والثالثة) لها الميراث ونصف الصداق وعليها العدة وهذا قول مالك في رواية أبي عبيد عنه لان من ترث يجب أن تعتد ولا يكمل الصداق لقول الله تعالى (وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) فلا يجوز مخالفة ذلك (والرابعة) لا ترث ولا عدة عليها ولها نصف الصداق وهو قول جابر بن زيد والنخعي وأبي حنيفة والشافعي وأكثر أهل العلم قال أحمد قال جابر بن زيد لا ميراث لها ولا عدة عليها ، وقال الحسن ترث قال أحمد اذهب الى قول جابر لان الله سبحانه نص على تنصيف الصداق ونفي العدة عن المطلقة قبل الدخول بقوله سبحانه

فلامها السدس بكونها أما والسدس بكونها أختا لاب وانحجبت بنفسها وأختها عن السدس وللاخت النصف، وعلى القول الآخر لها الثلث بالامومة ولا شيء لها بالاخوة ولا تنحجب بها و للاخت النصف فقد استوى الحكم في القولين، وان اختلف طريقهما، وعلى ما حكاه سحنون لها السدس وتنحجب بنفسها وأختها، وان أولدها المجوسي ابنا وبنتا ثم مات وماتت الصغرى بعده فقد خلفت أما هي أخت لاب وأخا لام وأب فلامها السدس والباقي للاخ ولا شيء للام بالاخوة لان الاخ للابوين يحجبها وعلى القول الآخر للام الثلث كاملا، وان تزوج المجوسي أمه فأولدها بنتا ثم ماتت فلأمه السدس ولابنته النصف ولا ترث أمه بالزوجية شيئا ولا ابنته بكونها أختا لام شيئا، وان ماتت الكبرى بعده فقد خلفت بنتا هي بنت ابن فلها الثلثان بالقرابتين وعلى القول الآخر لها النصف، وإن ماتت الصغرى بعده فقد تركت أما هي أم أب فلها الثلث بالامومة لاغير على القولين جميعا، وإن تزوج ابنته فأولدها ابنة ثم تزوج الصغرى فأولدها بنتا ثم مات وماتت الكبرى بعده فقد تركت أختيها لابيها احداهما بنتها وبنت أبيها، والاخرى بنت بنتها فلبنتها النصف والباقي بينهما، وعلى القول الآخر لبنتها النصف والباقي للصغرى، وإن ماتت الوسطى بعده فقد تركت أختيها احداهما أمها والاخرى بنتها فلامها السدس ولبنتها النصف والباقي بينهما وعلى القول الآخر الباقي للعصبة، وإن ماتت الصغرى بعده فقد خلفت أختيها احداهما أمها والاخرى جدتها فلأمها

(وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم) وقال تعالى (ياأيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) ولا يجوز مخالفة نص الكتاب بالرأي والتحكم، وأما الميراث فانها ليست بزوجته ولا معتدة من نكاح أشبهت المطلقة في الصحة فان خلا بها وقال لم أطأها وصدقته فلها الميراث وعليها العدة للوفاة ويكمل لها الصداق لان الخلوة تكفي في ثبوت هذه الاحكام وهذا قول أبي حنيفة

(فصل) ولو طلق المدخول بها طلاقا رجعيا ثم مرض في عدتها ومات بعد انقضائها لم ترثه لانه طلاق صحة فان طلقها واحدة في صحته وأبانها في مرضه ثم مات بعد انقضاء عدتها فحكمها حكم ما لو ابتدأ طلاقها في مرضه لانه فر من ميراثها وان طلقها واحدة في صحته وأخرى في مرضه ولم يبنها حتى بانت بانقضاء عدتها لم ترث لان طلاق المرض لم يقطع ميراثها ولم يؤثر في بينونتها

(فصل) واذا طلقها ثلاثا في مرضه فارتدت ثم أسلمت ثم مات في عدتها ففيها وجهان (أحدهما) ترثه وهو قول مالك لانها مطلقة في المرض أشبه مالو لم ترتد (والثاني) لا ترثه وهو قول أبي حنيفة والشافعي لانها فعلت ماينافي النكاح أشبه مالو تزوجت، ولو كان هو المرتد ثم أسلم ومات ورثته وبه قال ابو حنيفة وأصحابه، وقال الشافعي لا ترثه

ولنا أنها مطلقة في المرض لم تفعل ماينافي نكاحها مات زوجها في عدتها أشبه مالو لم ترتد ولو ارتد أحد الزوجين بعد الدخول ثم عاد الى الاسلام قبل انقضاء العدة ورثه الآخر لان النكاح باق، وان

السدس والباقي بينهما وقد انحجبت الام بنفسها وبأمها عن السدس، وعلى القول الآخر من جعل الاخوة أقوى فالكبرى النصف والوسطى الثلث والباقي للعصبة، ومن جعل الجدودة أقوى لم يورث الكبرى شيئا لانها لاترث بالاخوة لكونها ضعيفة ولا بالجدودة لكونها محجوبة بالامومة ، وإن ماتت الصغرى بعد الوسطى فقد خلفت جدة هي أخت لاب فلها الثلث بالقرابتين ومن ورث باحداها فلها السدس عند قوم وعند ابن شريح ومن وافقه لها النصف وهو اختيار الخبري، مجوسي تزوج أمه فأولدها بنتا ثم تزوج بنته فأولدها ابنا ثم تزوج الابن جدته فأولدها بنتا ثم مات المجوسي ثم ماتت أمه فقد خلفت بنتا هي بنت ابن وبنتا أخرى هي بنت ابن ابن وخلفت ابن ابن هو زوجها فلابنتها الثلثان والباقي بين الكبرى وابنها على ثلاثة وتصح من تسعة للكبري أربعة والصغرى ثلاثة وللذكر سهمان وعلى القول الآخر الباقي للذكر وحده فان ماتت بعده بنته فان الكبرى جدتها أم أبيها وهي أختها من أمها فلها السدسان بالقرابتين ، وفي الثاني لها السدس باحداها

(فصل) وإن وطيء مسلم بعض محارمه بشبهة أو اشتراها وهو لايعرفها فوطئها فولدت له واتفق مثل هذه لانسان فالحكم فيها مثل هذا سواء

انقضت العدة قبل رجوعه انفسخ النكاح ولم يرث أحدهما الآخر، وان قلنا إن الفرقة تتعجل عند اختلاف الدين لم يرث أحدهما الآخر ويتخرج أن يرثه الآخر إذا كان ذلك في مرض موته لأنه تحصل به البينونة أشبه الطلاق وهو قول مالك وقال أبو حنيفة وأصحابه اذا ارتدت المرأة ثم ماتت في عدتها ورثها الزوج

(فصل) فان علق طلاقها على فعل نفسه وفعله في المرض ورثته لانه أوقع الطلاق بها في المرض أشبه مالو كان التعليق في المرض وإن قال في الصحة أنت طالق إن لم أضرب غلامي فلم يضربه حتى مات ورثته ولا يرثها إن ماتت وإن مات الغلام والزوج مريض طلقت وكان كتعليقه على مجيء زيد على ماذكرنا وكذلك إن قال إن لم اوفك مهرك فأنت طالق فان ادعى أنه وفاها مهرها فأنكرته صدق الزوج في توريثه منها لأن الاصل بقاء النكاح ولم يصدق في براءته منه لأن الاصل بقاؤه في ذمته ولو قال لها في الصحة أنت طالق إن لم أتزوج عليك فكذلك نص عليه أحمد وهو قول الحسن ولو قذف المريض امرأته ثم لاعنها في مرضه فبانت منه ثم مات في مرضه ورثته وإن ماتت لم يرثها وإن قذفها في صحته ثم لاعنها في مرضه ثم مات فيه لم ترثه نص عليه أحمد وهو قول الشافعي واللؤلؤي وذكر القاضي رواية اخرى أنها ترث وهو قول أبي يوسف وإن آلى منها ثم صح ثم نكس في مرضه فبانت منه بالايلاء لم ترثه

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أكره الابن امرأة أبيه في مرض أبيه على مايفسخ نكاحها لم يقطع ميراثها

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا غرق المتوارثان أو ماتا تحت هدم فجهل أولهما موتاً ورث بعضهم من بعض)

وجملة ذلك أن المتوارثين اذا ماتا فجهل أولهما موتا فان أحمد قال أذهب الى قول عمر وعلي وشريح وابراهيم والشعبي يرث بعضهم من بعض يعني من تلاد ماله دون طارفه وهو ماورثه من ميت معه. وهذا قول من ذكره الامام أحمد وهو قول اياس بن عبد الله المزني وعطاء والحسن وحميد الاعرج وعبد الله ابن عتبة وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم واسحاق وحكي ذلك عن ابن مسعود قال الشعبي وقع الطاعون بالشام عام عمواس فجعل أهل البيت يموتون من آخرهم فكتب في ذلك إلى عمر رضي الله عنه فكتب عمر أن ورثوا بعضهم من بعض

وروي عن أبي بكر الصديق وزيد وابن عباس ومعاذ والحسن بن علي رضي الله عنهم أنهم لم يورثوا بعضهم من بعض وجعلوا مال كل واحد للاحياء من ورثته ، وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو الزناد والزهري والاوزاعي ومالك والشافعي رضي الله عنهم وأبو حنيفة وأصحابه ، ويروى ذلك عن عمر والحسن البصري وراشد بن سعد وحكيم بن عمير وعبد الرحمن بن عوف

إلا أن يكون له امرأة سواها اذا استكره الابن امرأة أبيه على ما يفسخ نكاحها من وطء أو غيره في مرض أبيه فمات أبوه من مرضه ذلك ورثته ولم يرثها إن ماتت وهو قول أبي حنيفة وأصحابه فان طاوعته على ذلك لم ترث لأنها مشاركة له فيما يفسخ نكاحها أشبه مالو خالعته وسواء كان للميت بنون سوى هذا الابن أو لم يكن فان انتفت التهمة عنه بان لا يكون وارثا كالكافر والقاتل والرقيق أو كان ابنا من الرضاعة أو ابن ابن محجوب بابن الميت أو بأبوين وابنتين أو كان للميت امرأة اخرى تحوز ميراث الزوجات لم ترث لانتفاء التهمة ولو صار ابن الابن وارثا بعد ذلك لم ترث لانتفاء التهمة حال الوطء ولو كان وارثا حين الوطء فعاد محجوباً عن الميراث ورثت لوجود التهمة حين الوطء ولو كان للمريض امرأتان فاستكره ابنه إحداهما لم ترث لانتفاء التهمة لكون ميراثها لا يرجع اليه وإن استكره الثانية بعدها ورثت الثانية لأنه متهم في حقها ولو استكرههما معاً دفعة واحدة ورثتا معاً وهذا كله قول أبي حنيفة وأصحابه وأما الشافعي فلا يرى فسخ النكاح بالوطء الحرام وكذلك الحكم فيما اذا وطيء المريض من ينفسخ نكاحه بوطئها كأم امرأته فان امرأته تبين منه وترثه اذا مات في مرضه وسواء طاوعته الموطوءة أولا لأن مطاوعتها ليس للمرأة فيه فعل يسقط به ميراثها فان كان زائل العقل حين الوطء لم ترث امرأته منه شيئاً لأنه ليس له قصد صحيح فلا يكون فاراً من ميراثها وكذلك في وطيء بنت امرأته كرها لها وهو زائل العقل فان كان صبيا عاقلا ورثت لان له قصداً صحيحاً وقال أبو حنيفة هو كالمجنون لأن قوله لاعبرة به وللشافعي فيما اذا وطيء الصبي بنت امرأته وامها قولان أحدهما لا ينفسخ به نكاح امرأته لأنه لا يحرم والثاني تبين امرأته فلا ترثه ولا يرثها وفي القبلة والمباشرة دون

وروي عن احمد ما يدل عليه فانه قال في امرأة وابنها ماتا فقال زوجها ماتت فورثناها ثم مات ابني فورثته ، وقال أخوها مات ابنها فورثته ثم ماتت فورثناها حلف كل واحد منهما على ابطال دعوى صاحبه وكان ميراث الابن لأبيه وميراث المرأة لأخيها وزوجها نصفين فجعل ميراث كل واحد منهما للاحياء من ورثته فيحتمل أن يجعل هذا رواية عن أحمد في جميع مسائل الباب ، ويحتمل أن يكون هذا قوله فيما اذا ادعى وارث كل ميت أن موروثه كان آخرهما موتا ويرث كل واحد منهما من الآخر اذا اتفق وراثهم على الجهل بكيفية موتهم لان مع التداعي تتوجه اليمين على المدعى عليه فيحلف على ابطال دعوى صاحبه ويتوفر الميراث له كما في سائر الحقوق بخلاف ما اذا اتفقوا على الجهل فلا تتوجه يمين لان اليمين لا يشرع في موضع اتفقوا على الجهل به واحتج من قال بعدم توريث بعضهم من بعض بما روى سعيد حدثنا اسماعيل بن عياش عن يحيى بن سعيد أن قتلى اليمامة وقتلى صفين والحرة لم يورثوا بعضهم من بعض وورثوا عصبتهم الاحياء

وقال حدثنا عبد العزيز بن محمد عن جعفر بن محمد عن أبيه عن أم كلثوم بنت علي توفيت هي وابنها زيد بن عمر فالتقت الصيحتان في الطريق فلم يدر أيهما مات قبل صاحبه فلم ترثه ولم يرثها وان

الفرج روايتان إحداهما تنشر الحرمة وهو قول أبي حنيفة وأصحابه لانها مباشرة تحرم في غير النكاح والملك أشبهت الوطء والثانية لا تنشره لانه ليس بسبب للبعضية فلا ينشر الحرمة كالنظرة والخلوة وخرج أصحابنا في النظر إلى الفرج والخلوة لشهوة وجها أنه ينشر الحرمة والصحيح انها لا تنشر

(مسئلة) (وإن فعلت المرأة في مرض موتها ما يفسخ نكاحها لم يسقط ميراث زوجها وذلك بان ترضع امرأة زوجها الصغيرة أو زوجها الصغير أو ارتدت فان زوجها يرثها ولا ترثه وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعي لا يرثها

ولنا انها أحد الزوجين فر من ميراث الآخر فأشبه الرجل

(فصل) وان اعتقت فاختارت نفسها أو كان الزوج عنينا فاجل سنة فلم يصبها حتى مرضت في آخر الحول فاختارت فرقته وفرق بينهما لم يتوارثا في قولهم أجمعين ذكره ابن اللبان في كتابه وذكر القاضي في المعتقة اذا اختارت نفسها في مرضها لم يرثها لأن فسخ النكاح في هذين الموضعين لدفع الضرر لا للفرار من الميراث وإن قبلت ابن زوجها بالشهوة خرج فيه وجهان أحدهما ينفسخ نكاحها ويرثها اذا كانت مريضة وماتت في عدتها وهذا قول ابي حنيفة وأصحابه والثاني لا ينفسخ النكاح به وهو قول الشافعي ولو أن رجلا زوج ابنة أخيه صغيرة ثم بلغت ففسخت النكاح في مرضها لم يرثها الزوج بغير خلاف علمناه لأن النكاح من أصله فاسد في صحيح المذهب وهو قول الشافعي وروي عن أحمد ما يدل على صحته ولها الخيار وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه لأن الفسخ لازالة الضرر لا من أجل الفرار كما لو فسخت المعتقة نكاحها

(مسئلة) (وإن خلف زوجات نكاح بعضهن فاسد أقرع بينهن فمن أصابتها القرعة فلا ميراث لها)

أهل صفين وأهل الحرة لم يتوارثوا ولان شرط التوريث حياة الوارث بعد موت الموروث وهو غير معلوم ولا يثبت التوريث مع الشك في شرطه ، ولانه لم تعلم حياته حين موت موروثه فلم يرثه كالحمل اذا وضعته ميتا ، ولان الاصل عدم التوريث فلا نثبته بالشك ولان توريث كل واحد منهما خطأ يقينا لانه لا يخلو من أن يكون موتهما معا أو سبق أحدهما به وتوريث السابق بالموت والميت معه خطأ يقينا مخالف للاجماع فكيف يعمل به ؟

فان قيل في قطع التوريث قطع توريث المسبوق بالموت وهو خطأ أيضا قلنا هذا غير متيقن لانه يحتمل موتهما جميعا فلا يكون فيهما مسبوق ، وقد احتج بعض أصحابنا بما روى اياس بن عبدالله المزني أن النبي ﷺ سئل عن قوم وقع عليهم بيت فقال « يرث بعضهم بعضا » والصحيح ان هذا انما هو عن اياس نفسه وانه هو المسئول وليس براويه عن النبي ﷺ ، هكذا رواه سعيد في سننه وحكاه الامام أحمد عنه : وقال أبو ثور وابن شريح وطائفة من البصريين : يعطي كل وارث اليقين ويوقف المشكوك فيه حتى يتبين الامر أو يصطلحوا . وقال الخبري هذا هو الحكم فيما اذا علم موت أحدهما قبل صاحبه ولم يذكر فيه خلافا

قد ذكرنا أن النكاح الفاسد لا يثبت به التوارث بين الزوجين لأنه ليس بنكاح شرعي فاذا اشتبه من نكاحها فاسد بمن نكاحها صحيح فقد روي عن أحمد ما يدل على أنه يقرع بينهما في الميراث اذا مات عنها ذكره أبو بكر فمن خرجت لها القرعة فلا ميراث لها وكذلك لو طلق واحدة من نسائه وانسيها لأنه اشتبه المستحق بغيره فوجب المصير الى القرعة كما لو اعتق في مرضه عبيداً فلم يخرج من الثلث إلا أحدهم يروى ذلك عن علي رضي الله عنه وقد ذكرنا ذلك فيما قبل هذا الباب والاختلاف فيه والتفريع عليه

﴿ مسألة ﴾ (إذا طلق أربع نسوة في مرضه فانقضت عدتهن ثم تزوج أربعا سواهن فالميراث للزوجات وعنه أنه بين الثمان)

وجملة ذلك أن المريض اذا طلق امرأته ثم نكح اخرى ثم مات لم يخل من حالين احدهما أن يموت في عدة المطلقة فترثاه جميعا وهذا قول أبي حنيفة وأهل العراق واحد قولي الشافعي والقول الآخر لا ترث المبتوتة فيكون الميراث كله للثانية وقال مالك الميراث كله للمطلقة لأن نكاح المريض عنده غير صحيح وذكره بعض أصحابنا وجها في المذهب لأنها ترث منه ما كانت ترث قبل طلاقها وهو جميع الميراث فكذلك بعده وليس هذا صحيحا فانها انما ترث ما كانت ترث لولم يطلقها ولو تزوج عليها ولم يطلقها لم ترث الا نصف ميراث الزوجات فكذلك اذا طلقها فعلى هذا او تزوج ثلاثا في مرضه فليس للمطلقه الاربع ميراث الزوجات ولكل واحدة من الزوجات ربعه

(الحال الثاني) أن يموت بعد انقضاء عدة المطلقة فيكون الميراث كله للزوجات في إحدى الروايتين وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وأصحابه وفي الرواية الاخرى الميراث للاربع كما لو مات في عدة المطلقة

﴿ ومن مسائل ذلك ﴾ أخوان غرقا أحدهما مولى زيد والآخر مولى عمرو: من ورث كل واحد منهما من صاحبه جعل ميراث كل واحد منهما لمولى أخيه ومن لم يورث احدهما من صاحبه جعل ميراث كل واحد منهما لمولاه. ومن قال بالوقف وقف مالهما فان ادعى كل واحد من المولين ان مولاه آخرهما موتا حلف كل واحد منهما على ابطال دعوى صاحبه وأخذ مال مولاه على مسئلة الخرقي وإن كانت لهما أخت فلها الثلثان من مال كل واحد منهما على القول الأول والنصف على القول الثاني وان خلف كل واحد منهما بنتا وزوجة فمن لم يورث بعضهم من بعض صححها من ثمانية لامرأته الثمن ولابنته النصف والباقي لمولاه، ومن ورثهم جعل الباقي لأخيه ثم قسمه بين ورثة أخيه على ثمانية ثم ضربها في الثمانية الاولى فصحت من أربعة لامرأته ثمانية ولابنته اثنان وثلاثون ولامرأة أخيه من الباقي ثلاثة ولابنته اثناعشر ولمولاه الباقي تسعة: أخ وأخت غرقا ولهما أم وعم وزوجان فمن ورث كل واحد من صاحبه جعل ميراث الاخ بين امرأته وأمه وأخته على ثلاثة عشر فما أصاب الاخت منها فهو بين زوجها وأمها وعمها على ستة فصحت المسئلتان من ثلاثة عشر لامرأة الاخ ثلاثة ولزوج الاخت ثلاثة وللام أربعة بميراثها من الاخ واثنان بميراثها من الاخت وللعم سهم وميراث الاخت بين زوجها وأمها وأخيها على ستة: للاخ سهم بين أمه وامرأته

وعند مالك الميراث كله للمطلقة فان كان له أربع نسوة فطلق إحداهن ثلاثا في مرضه ثم نكح اخرى في عدة المطلقة أو طلق امرأة واحدة ونكح اختها في عدتها ومات في عدتها فالنكاح باطل والميراث بين المطلقة وباقي الزوجات الاوائل وهذا قول أبي حنيفة ومالك وقال الشافعي النكاح صحيح والميراث للجديدة مع باقي المنكوحات دون المطلقة ويجيء على قوله القديم وجهان (أحدهما) أن يكون الميراث بين المطلقة وباقي الزوجات كقول الجمهور ولا شيء للمنكوحة (والثاني) أن يكون بينهن على خمسة لكل واحدة خمسة فان مات بعد انقضاء عدة المطلقة ففي ميراثها روايتان أحدهما لا ميراث لها فيكون الميراث لباقي الزوجات وهو قول أبي حنيفة وأهل العراق والثانية ترث معهن ولا شيء للمنكوحة وعند الشافعي الميراث للمنكوحات ولا شي للمطلقة فان تزوج الخامسة بعد انقضاء عدة المطلقة صح نكاحها وهل ترث المطلقة؟ على روايتين (أحديهما) لا ترث وهو ظاهر كلام أحمد لأنه قال يلزم من قال يصح النكاح في العدة أن يرث ثمان نسوة وأن ترثه اختان فيكون مسلم برثه ثمان أو اختان وتوريث المطلقات بعد العدة يلزم من هذا أو حرمان الزوجات المنصوص على ميراثهن فيكون منكراً له غير قائل به فعلى هذا يكون الميراث للزوجات دون المطلقة والرواية الثانية ترث المطلقة فيخرج فيه وجهان

(أحدهما) يكون الميراث بين الخمس، و (الثاني) يكون للمطلقة والمنكوحات الأوائل دون الجديدة لان المريض ممنوع من أن يحرمهن ميراثهن بالطلاق فكذلك يمنع من تنقيصهن منه.

قال شيخنا وكلا الوجهين بعيد، أما أحدهما فيرده نص الكتاب على توريث الزوجات فلا تجوز مخالفته بغير نص ولا إجماع ولا قياس على صورة مخصوصة من النص في معناه، وأما الآخر

وعمه على اثني عشر تضربها في الاولى تكن من اثنين وسبعين والضرر في هذا القول على من يرث من أحد الميتين دون الآخر وينتفع به من يرث منهما ، ثلاثة اخوة من أبوين غرقوا ولهم أم أوعصبة فقدر موت أحدهم أولا فلامه السدس والباقي لاخويه فتصح من اثني عشر لكل واحد من أخويه خمسة بين أمه وعصبته على ثلاثة فتضربها في الاولى تكن ستة والاثنين للام من ميراث الاول السدس ستة ومما ورثه كل واحد من الاخوين خمسة فصار لها ستة عشر والباقي للعصبة ولهما من ميراث كل واحد من الاخوين مثل ذلك . ذكر هذه المسئلة أبو بكر: ثلاثة اخوة مفترقين غرقوا وخلف كل واحد منهم أخته لابويه فقدر موت الاخ من الابوين أولا عن أخته من أبويه وأخويه من أبيه وأخويه من أمه فصحت مسئلته من ثمانية عشر لاخيه من أمه منها ثلاثة بين أخته من أبيه وأخته من امه على أربعة وأصاب الاخ من الاب منها اثنين بين أخيه من أبويه وأخته من أبيه على أربعة فتجتزىء بإحديهما وتضربها في الاولى تكن اثنين وسبعين ثم قدر موت الاخ من الام عن أخت لأبوين وأخ وأخت لام فمسئلته من خمسة أيضا تضربها في الاولى تكن خمسة وعشرين ثم قدر موت الاخ من الاب عن أخت لابويه وأخ وأخت لابيه فهي من ستة ثم مات الاخ من الاب عن ثلاث أخوات مفترقات فهي من خمسة

فلأن الله لم يبح نكاح أكثر من أربع ولا الجمع بين الاختين فلا يجوز أن يجتمعن في ميراثه بالزوجية وعلى هذا لو طلق أربعاً في مرضه وانقضت عدتهن ونكح أربعاً سواهن ثم مات من مرضه فعلى القول الأول وهو المختار يرثه المنكوحات خاصة ، وعلى الثاني يكون فيه وجهان . (أحدهما): أنه بين الثماني . و (الثاني) . أن الميراث كله للمطلقات ، وهو قول مالك لان نكاح المتجددات غير صحيح عنده ،وإن صح من مرضه ثم تزوج أربعاً في صحته ثم مات فالميراث لهن في قول الجمهور ولا شيء للمطلقات الا في قول مالك ومن وافقه وكذلك ان تزوجت المطلقات لم يرثن إلا في قول مالك ومن وافقه .

(فصل) ولو طلق أربعاً بعد دخوله بهن في مرضه وقال قد أخبرنني بانقضاء عدتهن وكذبنه فله أن ينكح أربعاً سواهن إذا كان ذلك في مدة يمكن انقضاء العدة فيها ولا يقبل قوله عليهن في حرمان الميراث . وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف واللؤلؤي إذا كان بعد أربعة أشهر وقال زفر لا يجوز له التزويج أيضاً ، والاول اصح لان هذا الحكم فيما بينه وبين الله تعالى لاحق لهن فيه فقبل قوله فيه فعلى هذا إن تزوج أربعاً في عقد واحد ثم مات ورثه المطلقات دون المنكوحات إلا أن يمتن قبله فيكون الميراث للمنكوحات وإن أقررن بانقضاء عدتهن وقلنا لا ميراث لهن بعد انقضاء العدة فالميراث للمنكوحات أيضاً ، وإن مات منهن ثلاث فالميراث للباقية ، وإن ماتت منهن واحدة ومن المنكوحات واحدة أو اثنتان أو مات من المطلقات اثنتان ومن المنكوحات واحدة فالميراث لباقي المطلقات وإن مات من المطلقات واحدة ومن المنكوحات ثلاثة أو من المطلقات اثنتان ومن المنكوحات اثنتان أو

تضربها في الاولى تكن ثلاثين فان خلف بنتا وأخوين فلم يقتسموا التركة حتى غرق الاخوان وخلف أحدهما امرأة و بنتا وعما وخلف الآخر ابنين وبنتين الاولى من أربعة مات أحدهم عن سهم ومسئلته من ثمانية لاخيه منها ثلاثة بين اولاده على ستة رجعوا الى اثنين تضربها في ثمانية تكن ستة عشر ، وفريضة الآخر من ستة يتفقان بالنصف فاضرب نصف إحداهما في الاخرى تكن ثمانية وأربعين ثم في أربعة تكن مائة واثنين وتسعين فللبنات نصفها ولاولاد الاخ عن أبيهم ربعها وعن عمهم ثمانية عشر صار لهم ستة وستون ولامرأة الاخ ستة ولابنته أربعة وعشرون

(فصل) وإن علم خروج روحها معا في حال واحدة لم يرث أحدهما صاحبه وورث كل واحد الاحياء من ورثته لأن توريثه مشروط بحياته بعده وقد علم انتفاء ذلك وان علم أن احدهما مات قبل صاحبه بعينه ثم أشكل أعطي كل وارث اليقين ووقف الباقي حتى يتبين الامر أو يصطلحوا قال القاضي وقياس المذهب أن يقسم على سبيل ميراث الغرقى الذين جهل حالهم وان ادعى ورثة كل ميت أنه أخرهما موتا فهي مسئلة الخرقي رضي الله عنه وقد نص فيها الامام أحمد رحمة الله عليه أن ورثة كل ميت يحلفون ويختصمون بميراثه فيحتمل ان يقاس على هذه الصورة سائر الصور فيتخرج في

من المطلقات ثلاث ومن المنكوحات واحدة فالميراث بين البواقي من المطلقات والمنكوحات معاً لانه لو استأنف العقد على الباقيات من الجميع جاز وكان صحيحاً فان تزوج المنكوحات في أربع عقود فمات من المطلقات واحدة ورث مكانها الاولى من المنكوحات وإن مات اثنتان ورثت الاولى والثانية وإن مات ثلاث ورثت الاولى والثانية والثالثة من المنكوحات مع من بقي من المطلقات وهذا على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف واللؤلؤي فأما زفر فلا يرى صحة نكاح المنكوحات حتى يصدقه المطلقات ، وأما الشافعي فيباح عنده التزويج في عدة المطلقات فعلى قوله إذا طلق أربعاً ونكح أربعاً في عقد أو عقود ثم مات من مرضه فالميراث للمنكوحات وعلى قوله القديم يخرج فيه وجهان : (احدهما) ان الميراث بين الثمان . وعلى الثاني هو للمطلقات خاصة ، وإن مات بعض المطلقات أو انقضت عدتهن فللمنكوحات ميراث الميتات وإن ماتت واحدة فللزوجات ربع ميراث النساء وإن مات اثنتان فللزوجات نصف الميراث ، وان مات ثلاث فلهن ثلاثة أرباعه إن كان نكاحهن في عقد واحد وان كان في عقود متفرقة فاذا ماتت من المطلقات واحدة فميراثها للاولى من المنكوحات ، وميراث الثانية للثانية وميراث الثالثة للثالثة

(فصل) إذا قال الرجل لنسائه إحداكن طالق يعني واحدة بعينها طلقت وحدها ويرجع إلى تعيينه ويؤخذ بنفقتهن كلهن إلى أن يعين ، وإن كان الطلاق بائناً منع منهن إلى أن يعين فان قال أردت هذه طلقت وحدها وإن قال لم أرد هؤلاء الثلاث طلقت الرابعة فان عاد فقال أخطأت إنما أردت هذه طلقت الاخرى ، وإن متن ، أو احداهن ، قبل أن يبين رجع إلى قوله فمن أقر بطلاقها حرمناه

الجيم روايتان ويحتمل أن يختص هذا الحكم بهذه الصورة دون غيرها لان هذه الصور فيها مدع ومنكر واليمين على من أنكر بخلاف بقية الصور والله اعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن لم يرث لم يحجب)

يعني من لم يرث لمعنى فيه كالمخالف في الدين والرقيق والقاتل فهذا لايحجب غيره في قول عامة أهل العلم من الصحابة والتابعين إلا ابن مسعود ومن وافقه فانهم يحجبون الام والزوجين بالولد الكافر والقاتل والرقيق ويحجبون الام بالاخوة الذين هم كذلك ، وبه قال أبو ثور وداود وتابعه الحسن في القاتل دون غيره ولعلهم تمسكوا بعموم قوله تعالى (فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن - وإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم) وقوله تعالى (ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد) وقوله (فان كان له اخوة فلامه السدس) وهؤلاء أولاد واخوة وعدم ارثهم لايمنع حجبهم كالاخوة مع الابوين يحجبون الام ولا يرثون

ولنا أنه ولد لايحجب الاخوة من الام ولا يحجب ولده ولا الاب الى السدس فلم يحجب غيرهم

ميراثها وأحلفناه لورثة من لم يعينها ، وهذا قول الشافعي وإن لم يعين بذلك واحدة بعينها أو مات قبل التعيين أخرجت بالقرعة وكذلك إن طلق واحدة من نسائه بعينها وأنسيها فانت أخرجت بالقرعة فمن تقع عليها القرعة فلا ميراث لها .

روي ذلك عن علي رضي الله عنه وهو قول أبي ثور ، وروى عطاء عن ابن عباس أن رجلا سأله فقال إن لي ثلاث نسوة وإني طلقت إحداهن فبتت طلاقها فقال ابن عباس إن كنت نويت واحدة بعينها ثم أنسيتها فقد اشتركن في الطلاق وإن لم تكن واحدة بعينها طلق أيتهن شئت .

وقال الشافعي وأهل العراق يرجع الى تعيينه في المسائل كلها فان وطيء احداهن كان تعييناً لها بالنكاح في قول أهل العراق وبعض أصحاب الشافعي ، وقال الشافعي لا يكون تعييناً فان مات قبل أن تتبين فالميراث بينهن كلهن في قول أهل العراق ، وقال مالك يطلقن كلهن ولا ميراث لهن ، وقال الشافعي يوقف ميراثهن وان كان الطلاق قبل الدخول دفع الى كل واحدة نصف مهر ووقف الباقي من مهورهن ، وقال داود يبطل حكم طلاقهن لموضع الجهالة ولكل واحدة مهر كامل والميراث بينهن وان متن قبله طلقت الاخيرة في قول أهل العراق وقال الشافعي يرجع إلى تعيينه على ماذكرنا .

ولنا قول عمر رضي الله عنه ولا يعارضه قول ابن عباس لان ابن عباس يعترف لعلي بتقديم قوله فانه قال إذا ثبت لنا عن علي قول لم نعده إلى غيره وقال ماعلمي إلى علم علي إلا كالقرارة الى المتعنجر ولانه إزالة ملك عن الآدمي فتستعمل فيه القرعة عند الاشتباه كالعتق وقد ثبت هذا في العتق بخبر عمران بن حصين ولان الحقوق تساوت على وجه تعذر تعيين المستحق فيه من غير قرعة فينبغي أن تستعمل

كالميت ولانه لا يؤثر في حجب غير الام والزوجين فلم يؤثر في حجبهم كالميت والآية أريد بها ولد من أهل الميراث بدليل أنه لما قال (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) أراد به الوارث ولم يدخل هذا فيهم ولما قال (إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت) لم يدخل هذا فيهم ، وأما الاخوة مع الاب فهم من أهل الميراث بدليل أنه لولا الاب لورثوا وانما قدم عليهم غيرهم ومنعوا مع أهليتهم لان غيرهم أولى منهم فامتناع ارثهم لمانع لا لانتفاء المقتضي

(فصل) فأما من لا يرث لحجب غيره له فانه يحجب وإن لم يرث ، كالاخوة يحجبون الام وهم محجوبون بالاب لان عدم ارثهم لم يكن لمعنى فيهم ولا لانتفاء أهليتهم بل لتقديم غيرهم عليهم والمعنى الذي حجبوا به في حال ارثهم موجود مع حجبهم عن الميراث بخلاف مسئلتنا. فعلى هذا اذا اجتمع أبوان وأخوان أو أختان فللام السدس والباقي للاب ويحجب الاخوان الام عن السدس ولا يرثون شيئاً ، ولو مات رجل وخلف أباه وأم أبيه وأم أمه لحجب الاب أمه عن الميراث وحجبت أمه أم أم الام على قول من يحجب الجدة بابنها والبعدى من الجدات بمن هي أقرب منها ويكون المال جميعه للاب

فيه القرعة كالسفر والقسمة بين النساء ،فاما قسم الميراث بين الجميع ففيه دفع إلى احداهن ما لا تستحقه وتنقيص بعضهن حقاً يقينا والوقف إلى غير غاية تضييع لحقوقهن وحرمان الجميع منع الحق عن صاحبه يقيناً .

(فصل) ولو كان له امرأتان فطلق إحداهما ثم ماتت احداهما ثم مات أقرع بينهما فمن وقعت عليها قرعة الطلاق لم يرثها ان كانت الميتة ولم ترثه ان كانت الاخرى، وفي قول أهل العراق يرث الاولى ولا ترثه الاخرى، وللشافعي قولان أحدهما يرجع إلى تعيين الوارث فان قال طلق الميتة لم يرثها، ورثته الحية وان قال طلق الحية حلف على ذلك وأخذ ميراث الميتة ولم تورث الحية ،والقول الثاني يوقف من مال الميتة ميراث الزوج ومن مال الزوج ميراث الحية ،وان كان له امرأتان قد دخل باحداهما دون الاخرى فطلق احداهما لا بعينها فمن خرجت لها القرعة فلها حكم الطلاق وللاخرى حكم الزوجية . وقال أهل العراق للمدخول بها ثلاثة أرباع الميراث إن مات في عدتها وللاخرى ربعه لان للمدخول بها نصفه بيقين والنصف الآخر يتداعيانه فيكون بينهما وفي قول الشافعي النصف للمدخول بها والباقي موقوف .

وإن كانتا مدخولا بهما فقال في مرضه أردت هذه ثم مات في عدتها لم يقبل قوله لان الاقرار بالطلاق في المرض كالطلاق فيه ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال زفر يقبل قوله والميراث للاخرى ، وهو قياس قول الشافعي ، ولو كان للمريض امرأة أخرى سوى هاتين فلها نصف الميراث وللاثنتين نصفه ، وعند الشافعي يوقف نصفه .

(فصل) في ميراث الحمل اذا مات الانسان عن حمل يرثه وقف الامر حتى يتبين فان طالب الورثة بالقسمة لم يعطوا كل المال بغير خلاف إلا ماحكي عن داود ، والصحيح عنه مثل قول الجماعة ولكن يدفع إلى من لا ينقصه الحمل كال ميراثه وإلى من ينقصه أقل مايصيبه ولا يدفع إلى من يسقطه شيء ، فأما من يشاركه فأكثر أهل العلم قالوا يوقف للحمل شيء ويدفع إلى شركائه الباقي وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه والليث وشريك ويحيى بن آدم وهو رواية الربيع عن الشافعي ، والمشهور عنه أنه لا يدفع إلى شركائه شيء لان الحمل لا حد له ولا نعلم كم يترك له

وقد حكى الماوردي قال : أخبرني رجل من أهل اليمن ورد طالبا للعلم وكان من أهل الدين والفضل أن امرأة ولدت باليمن شيئا كالكرش فظن أن لا ولد فيه فألقي على قارعة الطريق فلما طلعت الشمس وحمي بها تحرك فأخذ وشق فخرج منه سبعة أولاد ذكور وعاشوا جميعا وكانوا خلقا سويا إلا أنه كان في أعضادهم قصر قال وصارعني أحدهم فصرعني فكنت أعير به فيقال صرعك سبع رجل

وقد أخبرني من أثق به سنة ثمان وستمائة أو سنة تسع عن ضرير بدمشق أنه قال ولدت امرأتي في هذه الايام سبعة في بطن واحد ذكوراً وإناثا وكان بدمشق أم ولد لبعض كبرائها وتزوجت بعده

(فصل) ولو كان له أربع نسوة فطلق احداهن غير معينة ثم نكح خامسة بعد انقضاء عدتها ثم مات ولم يبين فللخامسة ربع الميراث والمهر ويقرع بين الاربع ، وقال أهل العراق لهن ثلاثة أرباع الميراث بينهن ، وإن كن غير مدخول بهن فلهن ثلاثة مهور ونصف ، وفي قول الشافعي يوقف ثلاثة أرباع الميراث ومهر ونصف بين الاربع فان جاءت واحدة تطلب ميراثها لم تعط شيئاً ، وإن طلبه اثنتان دفع اليهما ربع الميراث وإن طلبه ثلاث دفع اليهن نصفه وإن طلبه الاربع دفع اليهن ، ولو قال بعد نكاح الخامسة احدا كن طالق فعلى قولهم للخامسة ربع الميراث لانها شريكة ثلاث وباقيه بين الاربع كالاولى وللخامسة سبعة أثمان مهر لان الطلاق نقصها وثلثا معها نصف مهر ويبقى للاربع ثلاثة مهور وثمن بينهن في قول أهل العراق ، فان تزوج بعد ذلك سادسة فلها ربع الميراث ومهر كامل وللخامسة ربع ما بقي وسبعة أثمان مهر وللاربع ربع ما بقي وثلاثة مهور وثمن ويكون الربع مقسوما على أربعة وستين ، فان قال بعد ذلك احداكن طالق لم يختلف الميراث ولكن تختلف المهور فللسادسة سبعة اثمان مهر وللخامسة خمسة وعشرون جزءا من اثنين وثلاثين جزءا من مهر ويبقى للاربع مهران وسبعة وعشرون جزءاً من مهر وعند الشافعي يوقف ربع الميراث بين الست وربع آخر بين الخمس وباقيه بين الاربع ويوقف نصف مهر بين الست ونصف بين الخمس ونصف بين الاربع ويدفع إلى كل واحدة نصيب

(فصل) في الاشتراك في الطهر إذا وطيء رجلان امرأة في طهر واحد وطأ يلحق النسب من مثله فأتت بولد يمكن أن يكون منهما كأن يطأ الشريكان جاريتهما المشتركة أو يطأ الانسان جاريته ثم

من كان يقرأ علي وكانت تلد ثلاثة في كل بطن ، وقال غيره هذا نادر ولا يعول عليه فلا يجوز منع الميراث من أجله كما لو لم يظهر بالمرأة حمل . واختلف القائلون بالوقف فيما يوقف فروي عن أحمد أنه يوقف نصيب ذكرين ان كان ميراثهما أكثر أو ابنتين إن كان نصيبهما أكثر وهذا قول محمد بن الحسن واللؤلؤي وقال شريك يوقف نصيب أربعة فاني رأيت بني اسماعيل أربعة ولدوا في بطن واحد محمد وعمر وعلي قال يحيى بن آدم واظن الرابع اسماعيل وروى ابن المبارك هذا القول عن أبي حنيفة ورواه الربيع عن الشافعي رضي الله عنه وقال الليث وأبو يوسف يوقف نصيب غلام ويؤخذ ضمين من الورثة

ولنا ان ولادة التوأمين كثير معتاد فلا يجوز قسم نصيبهما كالواحد ومازاد عليهما نادر فلم يوقف له شيء كالخامس والسادس ومتى ولدت المرأة من يرث الموقوف كله أخذه وان بقي منه شيء رد إلى أهله وان أعوز شيئا رجع على من هو في يده

(مسائل) من ذلك امرأة حامل وبنت للمرأة الثمن وللبنت خمس الباقي وفي قول شريك تسعه وفي قول أبي يوسف ثلثه بضمين ولا يدفع اليها شيء في المشهور عن الشافعي رضي الله عنه وان كان مكان البنت ابن دفع اليه ثلث الباقي أو خمسه او نصفه على اختلاف الاقوال ومتى زادت الفروض

يبيعها قبل أن يستبرئها فيطؤها المشتري قبل استبرائها، أو يطؤها رجلان بشبهة ، أويطلق رجل امرأته فيتزوجها رجل في عدتها ويطؤها ، أويطأ إنسان جارية آخر أو امرأته بشبهة في الطهر الذي وطئها سيدها أو زوجها فيه ثم تأتي بولد يمكن أن يكون منهما فانه يرى القافة معهما وهذا قول عطاء ومالك والليث والاوزاعي والشافعي ، فان ألحقته باحدهما لحق به وإن نفته عن أحدهما لحق الآخر ، وسواء ادعياه أو لم يدعياه أو ادعاه أحدهما وأنكره الآخر، وإن ألحقته القافة بهما لحق بهما وكان ابنهما وهذا قول الاوزاعي والثوري وأبي ثور ورواه بعض أصحاب مالك عنه وعن مالك لايرى ولد الحرة للقافة بل يكون لصاحب الفراش الصحيح دون الواطيء بشبهة ، وقال الشافعي لا يلحق بأكثر من واحد وإن ألحقته القافة بأكثر من واحد كان بمنزلة ما لم يوجد قافة، ومتى لم يوجد قافة أو أشكل عليها أو اختلف القائفان في نسبه فقال أبو بكر يضيع نسبه ولا حكم لاختياره ويبقى على الجهالة أبداً وهو قول مالك وقال ابن حامد يترك حتى يبلغ فينتسب إلى أحدهما وهو قول الشافعي في الجديد وقال في القديم يترك حتى يميز وذلك لسبع أو ثمان فينتسب إلى أحدهما ونفقته عليهما إلى أن ينتسب إلى أحدهما فيرجع الآخر عليه بما أنفق ،وإذا ادعى اللقيط اثنان أري القافة معهما وإن مات الولد المدعى في هذه المواضع قبل أن يرى القافة وله ولد أري ولده القافة مع المدعين ولو مات الرجلان أري القافة مع عصبتهما،فان ادعاه أكثر من اثنين فألحقته القافة بهم لحق ونص أحمد على أنه يلحق بثلاثة ومقتضى هذا أنه يلحق بهم وإن كثروا وقال القاضي لا يلحق بأكثر من ثلاثة وهو قول محمد بن الحسن وروي عن أبي ثور وأبي يوسف وقال ابن حامد لا يلحق بأكثر من اثنين وروي أيضاً عن أبي يوسف

على ثلث المال فميراث الاناث اكثر فاذا خلف أبوين وامرأة حاملاً فللمرأة ثلاثة من سبعة وعشرين وللابوين ثمانية منها ويوقف ستة عشر، ويستوى ههنا قول من وقف نصيب أربعة وقال أبو يوسف تعطى المرأة ثمنا كاملا والابوان ثلثاً كاملا ويؤخذ منهم ضمين، فان كان معهم بنت دفع اليها ثلاثة عشر من مائة وعشرين وفي قول شريك ثلاثة عشر من مائتين وستة عشر وفي قول أبي يوسف ثلاثة عشر من اثنين وسبعين ويؤخذ من الكل ضمناء من البنت لاحتمال أن يولد أكثر من واحد ومن الباقين لاحتمال أن تعول المسئلة، وعلى قولنا يوافق بين سبعة وعشرين ومائة وعشرين بالاثلاث وتضرب ثلث احداها في جميع الاخرى تكن الفا وثمانين وتعطى البنت ثلاثة عشر في تسعة تكن مائة وسبعة عشر وللابوين والمرأة أحد عشر في اربعين وما بقي فهو موقوف . زوج وأم حامل من الاب المسئلة من ثمانية للزوج ثلاثة وللام سهم ويوقف اربعة وقال أبو يوسف هي من ثمانية يدفع الى الزوج ثلاثة وإلى الام سهمان وتقف ثلاثة وتأخذ منها ضمينا هكذا حكى الخبري عنه، فان كان في المسئلة من يسقط بولد الابوين كعصبة او احد من ولد الاب لم يعط شيئا، ولو كان في هذه المسئلة جد فللزوج الثلث وللام السدس وللجد السدس والباقي موقوف، وقال أبو حنيفة للزوج النصف وللام السدس وللجد السدس ويوقف

وقال أبو حنيفة وأصحابه وشريك ويحيى بن آدم لا حكم للقافة بل إذا سبق أحدهما بالدعوى فهو ابنه فان ادعياه معاً فهو ابنهما وكذلك إن كثر الواطئون وادعوه معا فانه يكون لهم جميعاً وروي أيضاً عن علي رضي الله عنه أنه قضى في ذلك بالقرعة مع اليمين وبه قال ابن أبي ليلى واسحاق وعن أحمد نحوه إذا عدمت القافة وقد ذكرنا أكثر هذه المسائل مشروحة مدلولا عليها في باب اللقيط والغرض ههنا ذكر ميراث المدعي والتوريث منه وبيان مسائله

(مسئلة) (إذا ألحق باثنين فمات وترك أما حرة فلها الثلث والباقي لهما وإن كان لكل واحد منهما ابن سواه أو لاحدهما ابنان فلامه السدس وإن مات أحد الابوين وله ابن آخر فماله بينهما نصفين فان مات الغلام بعد ذلك فلامه السدس والباقي للباقي من أبويه ولا شيء لاخوته لانهما محجوبان بالاب الباقي ، فان مات الغلام وترك ابنا فللباقي من الابوين السدس والباقي لابنه وإن مات قبل أبويه وترك ابناً فلهما جميعاً السدس والباقي لابنه ، فان كان لكل واحد منهما أبوان ثم ماتا ثم مات الغلام وله جدة أم أم وابن فلام أمه نصف السدس ولامي المدعيين نصفه كأنهما جدة وأحدة وللجدين السدس والباقي للابن فان لم يكن ابن فللجدين الثلث لانهما بمنزلة جد واحد والباقي للاخوين وعند أبي حنيفة الباقي كله للجدين لأن الجد يسقط الاخوة ، وإن كان المدعيان أخوين والمدعى جارية فماتا وخلفا أباهما فلها من مال كل واحد نصفه والباقي للأب فان مات الأب بعد ذلك فلها النصف لأنها بنت ابن وحكى الخبري عن أحمد وزفر وابن أبي زائدة أن لها الثلثين لأنها بنت ابنته فلها ميراث بنتي ابن، وان كان المدعى ابنا فمات أبواه ولأحدهما بنت ثم مات أبوها فميراثه بين الغلام

السدس بين الجد والام ولا شيء للحمل لان الجد يسقطه وابو يوسف يجعلها من سبعة وعشرين ويقف أربعة اسهم وحكي عن شريك أنه كان يقول بقول علي في الجد فيقف ههنا نصيب الاناث فيكون عنده من تسعة وتقف منها اربعة ، ولو لم يكن فيها زوج كان للام السدس وللجد ثلث الباقي وتقف عشرة من ثمانية عشر وعند ابي حنيفة للجد الثلثان وللام السدس ويوقف[1] السدس بينهما ، وقول أبي يوسف يقف الثلث ويعطي كل واحد منهما ثلثا ويؤخذ منهما ضمين ، ومتى خلف ورثة وامامه الزوج فينبغي للزوج الامساك عن وطئها ليعلم أحامل هي أم لا كذا روي عن علي وعمر بن عبدالعزيز والشعبي والنخعي وقتادة في آخرين ، وان وطئها قبل استبرائها فأتت بولد لاقل من ستة اشهر ورث لانا نعلم أنها كانت حاملا به ، وان ولدته لا كثر من ذلك لم ترث الا أن يقر الورثة أنها كانت حاملا به يوم موت ولدها

(فصل) ولا يرث الحمل الا بشرطين (أحدهما) أن يعلم أنه كان موجوداً حال الموت ويعلم ذلك بأن تأتي به لاقل من ستة أشهر فان أتت به لا كثر من ذلك نظرنا فان كان لها زوج أو سيد يطؤها لم يرث إلا أن يقر الورثة أنه كان موجوداً حال الموت ، وإن كانت لا توطأ اما لعدم الزوج أو السيد واما لغيبتهما أو اجتنابهما الوطء عجزاً أو قصداً أو غيره ورث مالم يجاوز أ كثر مدة الحمل

(١) في نسخة ويورث

والبنت على ثلاثة وعلى القول الآخر على خمسة لأن الغلام يضرب بنصيب ابني ابن، فان كان لكل واحد منهما بنت فللغلام من مال كل واحد منهما ثلثاه وله من مال جده نصفه وعلى القول الآخر له ثلثاه ولهما سدساه ، وإن كان المدعيان رجلا وعمة والمدعى جارية فماتا وخلفا أبويهما ثم مات أبو الاصغر فلها النصف والباقي لأبي العم لأنه أبوه ، وإذا مات أبو العم فلها النصف من ماله أيضاً وعلى القول الآخر لها الثلثان لانها بنت ابن وبنت ابن ابن ، وإن كان المدعي رجلا وابنه فمات الابن فلها نصف ماله وإذا مات الأب فلها النصف أيضاً وعلى القول الآخر لها الثلثان ، وقال أبو حنيفة إذا تداعى الأب وابنه قدم الاب ولم يكن للابن شيء وان مات الأب أولا فماله بين أبيه وبينها على ثلاثة وتأخذ نصف مال الأصغر لكونها بنته والباقي لكونها اخته وفي كل ذلك إذا لم يثبت نسب المدعى وقف نصيبه ودفع الى كل وارث اليقين ووقف الباقي حتى يثبت نسبه أو يصطلحوا

(فصل) واذا كان المدعون ثلاثة فمات أحدهم وترك ابنا والفا ثم مات الثاني وترك ابنا والفين ثم مات الثالث وترك ابنا وعشرين الفا ثم مات الغلام وترك أربعة آلاف وأماً حرة وقد ألحقته القافة بهم فقد ترك خمسة عشر الفا وخمسمائة فلامه سدسها والباقي بين اخوته الثلاثة اثلاثا ، وإن كان موتهم قبل ثبوت نسبه دفع الى الام ثلث تركته وهو الف وخمسمائة لان أدنى الاحوال أن يكون ابن صاحب الالف فيرث منه خمسمائة وقد كان وقف له من مال كل واحد من المدعيين نصف ماله فيرد إلى ابن صاحب الالف وابن صاحب الالفين ما وقف من مال أبويها لانه إن لم يكن أخاهما فذلك لهما من مال أبويهما وان كان أخا أحدهما فهو يستحق ذلك وأ كثر منه بارثه منه ويرد على ابن الثالث تسعة

وذلك أربع سنين في أصح الروايتين ، وفي الاخرى سنتان (والثاني) أن تضعه حيا فان وضعته ميتا لم يرث في قولهم جميعا ، واختلف فيما يثبت به الميراث من الحياة واتفقوا على أنه إذا استهل صارخا ورث وورث ، وقد روى ابو داود باسناده عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال « اذا استهل المولود ورث» وروى ابن ماجة باسناده عن جابر عن النبي ﷺ مثله، واختلفوا فيما سوى الاستهلال فقالت طائفة لايرث حتى يستهل ولا يقوم غيره مقامه، ثم اختلفوا في الاستهلال ماهو فقالت طائفة لايرث حتى يستهل صارخا فالمشهور عن احمد رضي الله عنه أنه لايرث حتى يستهل ،وروي ذلك عن ابن عباس والحسن بن علي وأبي هريرة وجابر وسعيد بن المسيب وعطاء وشريح والحسن وابن سيرين والنخعي والشعبي وربيعة ويحيى بن سعيد وأبي سلمة بن عبدالرحمن ومالك وأبي عبيد وإسحاق لان مفهوم قول النبي ﷺ «اذا استهل المولود ورث» انه لايرث بغير الاستهلال وفي لفظ ذكره ابن سراقة عن النبي ﷺ أنه قال في الصبي المنفوس «اذا وقع صارخا فاستهل ورث وتمت ديته وسمي وصلي عليه وان وقع حيا ولم يستهل صارخا لم تتم ديته وفيه غرة عبد أوأمة على العاقلة» ولان الاستهلال لايكون إلا من حي والحركة تكون من غير حي فان اللحم يختلج سيما اذا خرج من مكان ضيق فتضامت

آلاف وثلث الف ويبقى ثلثا الف موقوفة بينه و بين الام لانه يحتمل أن يكون أخا فيكون قدمات عن أربعة عشر ألفا لامه ثلثها ويبقى من مال الابن ألفان وخمسمائة موقوفة يدعيها ابن صاحب الالف كلها ويدعي منها ابن صاحب الالفين الفين وثلثا فيكون ذلك موقوفا بينهما و بين الام وسدس الالف بين الام وابن صاحب الالف ، فان ادعى اخوان ابنا ولهما أب فمات أحدهما وخلف بنتا ثم مات الآخر قبل ثبوت نسب المدعى وقف من مال الاول خمسة أتساعه منها تسعان بين الغلام والبنت وثلاثة أتساع بينه وبين الاب ويوقف من مال الثاني خمسة أسداس بينه و بين الاب ، فان مات الاب بعدهما وخلف بنتا فلها نصف ماله ونصف ما ورثه عن ابنته والباقي بين الغلام و بنت الابن لانه ابن ابنه بيقين ويدفع الى كل واحد منهم من الموقوف اليقين فتقدره مرة ابن صاحب البنت ومرة ابن الآخر وينظر ماله من كل واحد منهم في الحالين فيعطيه أقلهما ، فالغلام في حال كل الموقوف من مال الثاني وخمس الموقوف من مال الاول وفي حال كل الموقوف من مال الاول وثلث الموقوف من مال الثاني فله أقلهما ، ولبنت الميت الاول في حال النصف من مال أبيها وفي حال السدس من مال عمها . ولبنت الاب في حال نصف الموقوف من مال الثاني وفي حال ثلاثة أعشار من مال الاول فيدفع اليها أقلهما ويبقى باقي التركة موقوفا بينهم حتى يصطلحوا عليه، ومن الناس من يقسمه بينهم على حسب الدعاوى. فان اختلفت أجناس التركة ولم يصر بعضها قصاصا عن بعض قومت وعمل في قيمتها ما بينا في الدراهم ان تراضوا بذلك أو يبيع الحاكم عليهم ليصير الحق كله من جنس واحد لما فيه من الصلاح لهم ويوقف الفضل المشكوك فيه على الصلح

أجزاؤه ثم خرج إلى مكان فسبح فانه يتحرك من غير حياة فيه ثم إن كانت فيه حياة فلا نعلم كونها مستقرة لاحتمال أن تكون كحركة المذبوح فان الحيوانات تتحرك بعد الذبح حركة شديدة وهي في حكم الميت ، واختلف في الاستهلال ماهو فقيل الصراخ خاصة وهذا قول من ذكرنا في هذه المسألة . ورواه أبو طالب عن أحمد فقال لا يرث الا من استهل صارخا ، وانما سمي الصراخ من الصبي الاستهلال تجوزاً والاصل فيه أن الناس اذا رأوا الهلال صاحوا عند رؤيته واجتمعوا وأراه بعضهم بعضا فسمي الصوت عند استهلال الهلال استهلالا ثم سمي الصوت من الصبي المولود استهلالا لانه صوت عند وجود شيء يجتمع له ويفرح به . وروى يوسف بن موسى عن أحمد أنه قال يرث السقط ويورث اذا استهل فقيل له ما استهلاله ؟ قال اذا صاح أو عطس أو بكى . فعلى هذا كل صوت يوجد منه تعلم به حياته فهو استهلال وهذا قول الزهري والقاسم بن محمد لانه صوت علمت به حياته فأشبه الصراخ

وعن احمد رواية ثالثة اذا علمت حياته بصوت أو حركة أو رضاع أو غيره ورث وثبت له أحكام المستهل لانه حي فتثبت له أحكام الحياة كالمستهل وبهذا قال الثوري والاوزاعي والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وداود ، وإن خرج بعضه حيا فاستهل ثم انفصل باقيه ميتا لم يرث وبهذا قال الشافعي رضي

(فصل) ولو ادعى اثنان غلاما فألحقته القافة بهما، ثم مات أحدهما وترك الفاً وعماً وبنتاً ثم مات الآخر وترك الفين وابن ابن ثم مات الغلام وترك ثلاثة آلاف وأما كان للبنت من تركة أبيها ثلثها وللغلام ثلثاها وتركة الثاني كلها له لانه ابنه فهو أحق من ابن الابن، ثم مات الغلام عن خمسة آلاف وثلثي الف فلامه ثلث ذلك ولاخته نصفه وباقيه لابن الابن لانه ابن أخيه ولا شيء للعم، وإن لم يثبت نسبه فلابنة الاول ثلث الالف ويوقف ثلثاها وجميع تركة الثاني، فاذا مات الغلام فلامه من تركته الف وتسعا الف لان أقل أحواله أن يكون ابن الاول فيكون قد مات عن ثلاثة آلاف وثلثي الف ويرد الموقوف من مال أبي البنت على البنت والعم فيصطلحان عليه لانه لهما أما عن صاحبهما أو الغلام ويرد الموقوف من مال الثاني إلى ابن ابنه لانه له اما عن جده واما عن عمه وتعطى الام من تركة الغلام الفاً وتسعي الف لانها أقل مالها ويبقى الف وسبعة أتساع الف تدعي منها الام أربعة أتساع الف تمام ثلث خمسة آلاف ويدعي منها ابن الابن الفاً وثلثا تمام ثلثي خمسة آلاف وتدعي البنت والعم جميع الباقي فيكون ذلك موقوفا بينهم حتى يصطلحوا، ولو كان المولود في يدي امرأتين وادعتاه معاً أري القافة معهما فان ألحقته باحداهما لحق بها وورثها وورثته في احدى الروايات وان ألحقته بهما أو نفته عنهما لم يلحق بواحدة منهما وان قامت لكل واحدة منهما بينة تعارضتا ولم نسمع بينتيهما وبه قال أبو يوسف واللؤلؤي وقال أبو حنيفة يثبت نسبه منهما ويرثاه ميراث أم واحدة كما يلحق برجلين

ولنا أن احدى البينتين كاذبة يقينا فلم تسمع كما لو علمت ومن ضرورة ردها ردهما لعدم العلم بينهما ولان هذا محال فلم يثبت ببينة ولا غيرها كما لو كان الولد أكبر منهما، ولو أن امرأة معها صبي ادعاه رجلان

الله عنه وقال أبو حنيفة وأصحابه اذا خرج أكثره فاستهل ثم مات ورث لقوله عليه السلام « اذا استهل المولود ورث » ولنا أنه لم يخرج جميعه فأشبه مالو مات قبل خروج أكثره

(فصل) وإن ولدت توأمين فاستهل أحدهما ولم يعلم بعينه فان كانا ذكرين أو أنثيين أو ذكرا وأنثى لايختلف ميراثهما فلا فرق بينهما ، وإن كانا ذكراً وأنثى يختلف ميراثهما فقال القاضي : من أصحابنا من قال يقرع بينهما فمن أخرجته القرعة جعل المستهل كما لو طلق إحدى نسائه فلم تعلم بعينها ثم مات أخرجت بالقرعة. وقال الخبري ليس في هذا عن السلف نص وقال الفرضيون تعمل المسألة على الحالين ويعطى كل وارث اليقين ويوقف الباقي حتى يصطلحوا عليه ، ويحتمل أن يقسم بينهم على حسب الاحتمال .

(ومن مسائل ذلك) رجل خلف أمه وأخاه وأم ولد حاملا منه فولدت توأمين ذكراً وأنثى فاستهل أحدهما ولم يعلم بعينه فقيل إن كان الابن المستهل فللام السدس والباقي له ترث أمه ثلثه والباقي لعمه فاضرب ثلاثة في ستة تكن ثمانية عشر لام الميت ثلاثة ولام الولد خمسة والعم عشرة ، وإن كانت البنت المستهلة فالمسألة من ستة فتموت البنت عن ثلاثة لامها سهم ولعمها سهمان والستة

كل واحد يزعم أنه ابنه منها وهي زوجته فكذبتهما لم يلحقهما وان صدقت أحدهما لحقه كما لو كان بالغاً فادعياه فصدق أحدهما، ولو أن صبياً مع امرأة فقال زوجها هو ابني من غيرك فقالت بل هو ابني منك لحقهما جميعاً وقد ذكرنا لحاق النسب في هذه المسائل والاختلاف فيه وانما ذكرناه ههنا لاجل الميراث لانه مبني عليه والله سبحانه وتعالى أعلم

(باب الاقرار بمشارك في الميراث)

إذا أقر الورثة كلهم بوارث فصدقهم أو كان صغيراً أو مجنوناً ثبت نسبه وارثه سواء كان الورثة جماعة أو واحداً ذكراً أو أنثى وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف وحكاه عن أبي حنيفة لان الوارث يقوم مقام الميت في ميراثه وديونه والديون التي عليه وبيناته ودعاويه والايمان التي له وعليه كذلك في النسب وقد روت عائشة أن سعد بن أبي وقاص اختصم هو وعبد بن زمعة في ابن أمة زمعة فقال سعد أوصاني أخي عتبة إذا قدمت مكة ان أنظر الى ابن زمعة واقبضه فانه ابنه فقال عبد بن زمعة أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فقال رسول الله ﷺ « هو لك ياعبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر » فقضى به لعبد بن زمعة وقال « احتجبي منه ياسودة » والمشهور عن أبي حنيفة أنه لايثبت إلا باقرار رجلين أو رجل وامرأتين وقال مالك لا يثبت الا باقرار اثنين لانه يحمل النسب على غيره فاعتبر فيه العدد كالشهادة ، والمشهور عن أبي يوسف أنه لا يثبت النسب الا باثنين ذكرين كانا أو أنثيين عدلين أو غير عدلين .

ولنا أنه حق يثبت بالاقرار فلم يعتبر فيه العدد كالدين ولانه قول لا تعتبر فيه العدالة فلا يعتبر فيه العدد كاقرار الموروث واعتباره بالشهادة لا يصح لانه لا يعتبر فيه اللفظ ولا العدالة ويبطل بالاقرار بالدين

تدخل في ثمانية عشر فمن له شيء من الثمانية عشر مضروب في واحد ومن له شيء من الستة مضروب في ثلاثة فسدس الام لا يتغير والعم من الستة أربعة في ثلاثة اثنا عشر وله من الثمانية عشر عشرة في واحد فهذا اليقين فيأخذه ولام الولد خمسة في سهم وسهم في ثلاثة فيأخذها ويقف سهمين بين الاخ وأم الولد حتى يصطلحا عليها ويحتمل أن يقتسماها بينهما . امرأة حامل وعم ولدت المرأة ابنا وبنتا واستهل أحدهما ولم يعلم فالمسئلتان من أربعة وعشرين اذا أعطيت كل واحد أقل من نصيبه بقيت ثلاثة موقوفة ، فان كان معهما بنت فكل واحدة من المسئلتين من اثنين وسبعين والموقوف اثنا عشر . امرأة وعم وأم حامل من الاب ولدت ابنا وبنتا فاستهل أحدهما فان كان المستهل الاخ فهي من ستة وثلاثين ، وإن كانت الاخت المستهلة فهي من ثلاثة عشر فالمسئلتان متباينتان فاضرب احداهما في الاخرى تكن أربعمائة وثمانية وستين وكل من له شيء من إحدى المسئلتين مضروب في الاخرى فيدفع لكل واحد أقل النصيبين يبقى أربعة عشر منها تسعة بين المرأة والعم وخمسة بين الام والعم ، فان كانت المرأة والام حاملين فوضعتا معاً فاستهل أحدهما فكل واحدة منهما ترجع الى ستة

(فصل) في شروط الاقرار بالنسب لا يخلو اما أن يقر على نفسه خاصة أو عليه وعلى غيره فان أقر على نفسه مثل أن يقر بولد اعتبر في ثبوت نسبه أربعة شروط (أحدها) أن يكون المقر به مجهول النسب فان كان معروف النسب لم يصح لانه يقطع نسبه الثابت من غيره ، وقد لعن النبي ﷺ من انتسب إلى غير أبيه (والثاني) أن لا ينازعه فيه منازع لانه إذا نازعه فيه غيره تعارضا فلم يكن الحاقه باحدهما أولى من الآخر (الثالث) أن يمكن صدقه بأن يكون المقر به يحتمل أن يولد لمثله (الرابع) أن يكون ممن لا قول له كالصغير والمجنون أو يصدق المقر ان كان ذا قول وهو المكلف فان كان غير مكلف لم يعتبر تصديقه فان كبر وعقل فأنكر لم يسمع انكاره لان نسبه ثبت وجرى مجرى من ادعى ملك عبد صغير في يده وثبت بذلك ملكه فلما كبر جحد ذلك ، ولو طلب احلافه على ذلك لم يستحلف لان الاب لو عاد فجحد النسب لم يقبل منه ، وان اعترف انسان بأن هذا أبوه فهو كاعترافه بأنه ابنه . فاما إن كان اقراراً عليه وعلى غيره كاقراره بأخ اعتبر مع الشروط الاربعة شرط خامس وهو كون المقر جميع الورثة ، فان كان المقر زوجاً أو زوجة ولا وارث معهما لم يثبت النسب باقرارهما لان المقر لا يرث المال كله فان اعترف به الامام معه ثبت النسب لانه قائم مقام المسلمين في مشاركة الوارث وان كان الوارث أما أو بنتاً أو أختاً أو ذا فرض يرث جميع المال بالفرض والرد ثبت النسب بقوله كالابن لانه يرث المال كله وعند الشافعي لا يثبت بقوله نسب لانه لا يرى الرد ويجعل الباقي لبيت المال ، ولهم فيما إذا وافق الامام في الاقرار وجهان وهذا من فروع الرد وقد ذكرناه ، فان كانت بنت وأخت أو أخت وزوج ثبت النسب بقولهما لانهما يأخذان المال كله وإذا أقر بابن ابنه وابنه ميت اعتبرت فيه الشروط التي

وثلاثين فيعطى كل وارث أقل النصيبين ويبقى أحد عشر منها أربعة موقوفة بين الزوجة والام وسبعة بين الام والعم

(فصل) واذا ولدت الحامل توأمين فسمع الاستهلال من أحدهما ثم سمع مرة أخرى فلم يدر أهو من الاول أو من الثاني فيحتمل أن يثبت الميراث لمن علم استهلاله دون من شككنا فيه لان الاصل عدم استهلاله . فعلى هذا الاحتمال إن علم المستهل بعينه فهو الوارث وحده وإن جهل عينه كان كما لو استهل واحد منهما لا بعينه . وقال الفرضيون يعمل على الاحوال فيعطى كل وارث اليقين ويوقف الباقي (ومن مسائل ذلك) أم حامل وأخت لاب وعم ولدت الام بنتين فاستهلت احداهما ثم سمع الاستهلال مرة أخرى فلم يدر هل استهلت الأخرى أو تكرر من واحدة فقيل ان كان منهما جميعا فقد ماتتا عن اربعة من ستة ولا يعلم أولهما موتا فحكمها حكم الغرقى فمن ذهب إلى انه لا تورث إحداهما من الاخرى قال قد خلفا أما واختا وعما فتصح من ثمانية عشر وإن كان الاستهلال من واحدة فقد ماتت عن ثلاثة من ستة فتصح من اثنى عشر وبينهما موافقة بالاسدس فتصير ستة وثلاثين للام اثنا عشر وللأخت كذلك وللعم تسعة ونقف ثلاثة تدعي الام منها سهمين والعم سهما وتدعيها الاخت كلها فيكون سهمان بينها و بين الام وسهم بينها وبين العم . زوج وجد وأم حامل ولدت ابنا وبنتا فاستهل

تعتبر في الاقرار بالأخ وكذلك إن أقر بعم وهو ابن جده فعلى ما ذكرناه

(فصل) وان كان أحد الولدين غير وارث لكونه رقيقا أو مخالفاً لدين موروثه أو قاتلا فلا عبرة به ويثبت النسب بقول الآخر وحده لانه يحوز جميع الميراث ثم إن كان المقر به يرث شارك المقر في الميراث وان لم يكن وارثاً لوجود مانع فيه ثبت نسبه ولم يرث وسواء كان المقر مسلماً أو كافراً

(مسئلة) (وسواء كان المقر به يحجب المقر أو لا يحجبه كأخ يقر بابن للميت أو ابن ابن يقر بابن للميت أو أخ من أب يقر بأخ من أبوين فانه يثبت نسبه بذلك ويرث ويسقط المقر)

هذا اختيار ابن حامد والقاضي وابن شريح وقال أكثر أصحاب الشافعي يثبت نسب المقر به ولا يرث لان توريثه يفضي إلى اسقاط توريثه فسقط لانه لو ورث لخرج المقر عن كونه وارثا فيبطل اقراره ويسقط نسب المقر به وتوريثه فيؤدي توريثه إلى اسقاط توريثه فأثبتنا النسب دون الميراث

ولنا أنه ابن ثابت النسب لم يوجد في حقه مانع من الارث فيدخل في عموم قوله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) أو فيرث كما لو ثبت نسبه ببينة ولان ثبوت النسب سبب للميراث فلا يجوز قطع حكمه عنه ولا توريث محجوب به مع وجوده وسلامته من الموانع ، وما احتجوا به لا يصح لانا انما نعتبر كون المقر وارثاً على تقدير عدم المقر به وخروجه عن الميراث بالاقرار لا يمنع صحته بدليل أن الابن إذا أقر بأخ فانه يرث مع كونه يخرج باقراره عن أن يكون جميع الورثة . فان قيل إنما يقبل اقراره اذا صدقه المقر به فصار اقراراً من جميع الورثة وإن كان المقر به طفلا أو مجنوناً لم يعتبر قوله فقد أقر كل من يعتبر قوله ، قلنا ومثله ههنا

أحدهما ثم سمع الاستهلال مرة أخرى فلم يدر ممن هو فان كان الاستهلال تكرر من البنت فهي الأكدرية وماتت عن اربعة بين امها وجدها فتصح من احد وثمانين، وإن تكرر من الاخ لم يرث شيئا والمسئلة من ستة للجد منها سهم وإن كان منهما فللام السدس وللزوج النصف وللجد السدس ولهما السدس على ثلاثة فتصح من ثمانية عشر والثلاثة التي لهما بين الجد والام على ثلاثة فصار للام اربعة وللجد خمسة وثمانية عشر توافق احدا وثمانين بالأتساع فتصير مائة واثنين وستين للزوج حقه من الأكدرية أربعة وخمسون والام تسعا المال من مسئلة استهلالهما معا ستة وثلاثون وللجد السدس من مسئلة استهلال الاخ وحده سبعة وعشرون يبقى خمسة واربعون يدعى الزوج منها سبعة وعشرين والام ثمانية عشر ويدعي منها الجد سبعة وثلاثين وتعول الثمانية الفاضلة للام فيحتمل أن تدفع اليها لان الزوج والجد يقران لها بها

(فصل) وإذا ضرب بطن حامل فاسقطت فعلى الضارب غرة موروثة عن الجنين كانه سقط حيا وبهذا قال مالك وأبوحنيفة والشافعي وسائر الفقهاء الا شيئا يحكى عن ربيعة والليث وهو شذوذ لا يعرج عليه، فان قيل فكيف تورثون منه وهو لا يرث؟ قلنا نورث منه لان الواجب بدل منه فورثته ورثته

فانه ان كان المقر به كبيراً فلا بد من تصديقه فقد أقر به كل من يعتبر اقراره وان كان صغيراً غير معتبر القول لم يثبت النسب بقول الآخر كما لو كان اثنين أحدهما صغير فأقر البالغ باخ آخر لم يقبل ولم يقولوا به ولا يعتبر موافقته كذا ههنا، ولانه لوكان في يد انسان عبد محكوم له بملكه فأقر به لغيره ثبت المقر له ، وان كان المقر يخرج بالاقرار عن كونه مالكا كذا ههنا

﴿ مسئلة ﴾ (وان أقر بعضهم لم يثبت نسبه إلا أن يشهد منهم عدلان أنه ولد على فراشه أو ان الميت أقر به)

وجملته أنه إذا أقر أحد الوارثين بوارث يشاركهم في الميراث لم يثبت النسب بالاجماع لان النسب لا يتبعض فلا يمكن اثباته في حق المقر دون المنكر ولا اثباته في حقهما لان أحدهما منكر فلا يقبل اقرار غيره عليه ولم توجد شهادة يثبت بها النسب، ولوكان المقر عدلان لانه اقرار من بعض الورثة، وقال أبوحنيفة يثبت اذا كانا عدلين لانهما بينة فهو كما لو شهدا به

ولنا أنه اقرار من بعض الورثة فلم يثبت به النسب كالواحد، وفارق الشهادة لانه يعتبر فيها العدالة والذكورية والاقرار بخلافه . فاما ان شهد به عدلان أو شهدا أنه ولد على فراشه أو ان الميت أقر به ثبت النسب وشاركهم في الارث لانهما لو شهدا على غير موروثهما قبل فكذلك اذا شهدا عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وعلى المقر أن يدفع اليه فضل ما في يده عن ميراثه)

اذا أقر بعض الورثة ولم يثبت نسبه لزم المقر أن يدفع اليه فضل ما في يده كمن خلف ولدين فأقر أحدهما بأخ فله ثلث ما في يده وان أقر بأخت دفع اليها خمس ما في يده عن ميراثه هذا قول مالك

كدية غير الجنين، وأما توريثه فمن شروطه كونه حيا حين موت موروثه ولا يتحقق ذلك فلا نورثه مع الشك في حياته .

(فصل) ودية المقتول موروثة عنه كسائر أمواله إلا أنه اختلف فيه عن علي فروي عنه مثل قول الجماعة وعنه لا يرثها إلا عصباته الذين يعقلون عنه وكان عمر يذهب الى هذا ثم رجع عنه لما بلغه عن النبي ﷺ توريث المرأة من دية زوجها قال سعيد حدثنا سفيان حدثنا الزهري سمع سعيد بن المسيب يقول كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول الدية للعاقلة ولا ترث المرأة من دية زوجها شيئا فقال له الضحاك الكلابي كتب الى رسول الله ﷺ : أن اورث امرأة اشيم الضبابي من دية زوجها اشيم قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وروى الامام احمد باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي ﷺ قضى ان العقل ميراث بين ورثة القتيل على فرائضهم، وباسناده عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال «المرأة ترث من مال زوجها وعقله ويرث هو من مالها وعقلها مالم يقتل واحد منهما صاحبه » إلا أن في اسناده رجلا مجهولا وقال ابراهيم قال رسول الله ﷺ « الدية على الميراث والعقل على العصبة » وقال أبو ثور هي على الميراث ولا تقضى منها ديونه ولا تنفذ منها وصاياه

والاوزاعي والثوري وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم ووكيع واسحاق وأبي عبيد وأبي ثور وأهل البصرة ، وقال النخعي وحماد وأبو حنيفة وأصحابه يقاسمه مافي يده لانه يقول أنا وأنت سواء في ميراث أبينا وكأن ما أخذه المنكر تالف أوغصب فيستوي فيما بقي وقال الشافعي وداود لايلزمه في الظاهر دفع شيء اليه ، وهل يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى؟ على قولين أصحهما لايلزمه لانه لايرث من لايثبت نسبه واذا قلنا يلزمه ففي قدره وجهان

ولنا على الشافعي أنه أقر بحق لمدعيه يمكن صدقه فيه وبيد المقر عليه وهو متمكن من دفعه اليه فلزمه ذلك كالوأقر له بمعين ولانه اذا علم أن هذا أخوه وله ثلث التركة وتيقن استحقاقه لهاوفي يده بعضه وصاحبه يطلبه لزمه دفعه اليه وحرم عليه منعه منه كما في سائر المواضع، وعدم ثبوت نسبه في الظاهر لايمنع وجوب دفعه اليه كما لو غصبه شيئا ولم يقم بينة بغصبه

ولنا على أبي حنيفة أنه أقر له بالفاضل عن ميراثه فلم يلزمه أكثر مما أقر به كما لو أقر له بشيء معين ولانه حق تعلق بمحل مشترك باقرار أحد الشريكين فلم يلزمه أكثر من قسطه كما لو أقر أحد الشريكين بجناية على العبد ولان التركة بينهم أثلاثا فلا يستحق مما في يده الا الثلث كما لو ثبت نسبه ببينة، ولانه اقرار يتعلق بحصته وحصة أخيه فلا يلزمه أكثر مما يخصه كالاقرار بالوصية وكاقرار أحد الشريكين على مال الشركة بدين ولانه لو شهد معه أجنبي بالنسب ثبت ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لأنه يجربها نفعاً الى نفسه لكونه يسقط بعض مايستحق عليه. فعلى هذا إذا خلف اثنين فأقر أحدهما بأخ فللمقر له ثلث مافي يد المقر وهو سدس المال لانه يقول نحن ثلاثة لكل واحد منا

وعن أحمد نحو من هذا وقد ذكر الخرقي فيمن أوصى بثلث ماله لرجل فقتل وأخذت ديته فللموصى له بالثلث ثلث الدية في إحدى الروايتين والاخرى ليس لمن أوصى له بالثلث من الدية شيء، وهو مبني هذا على أن الدية ملك للميت أو على ملك الورثة ابتداء وفيه روايتان : احداهما أنها تحدث على ملك الميت لانها بدل نفسه فيكون بدلها له كدية أطرافه المقطوعة منه في الحياة ولانه لو اسقطها عن القاتل بعد جرحه إياه كان صحيحا وليس له اسقاط حق الورثة ولأنها مال موروث فأشبهت سائر أمواله والاخرى أنها تحدث على ملك الورثة ابتداء لأنها انما تستحق بعد الموت وبالموت تزول أملاك الميت الثابتة له ويخرج من أن يكون أهلا للملك وانما يثبت الملك لورثته ابتداء ، ولا أعلم خلافا في أن الميت يجهز منها إن كان قبل تجهيزه لانه لو لم يكن له شيء لوجب تجهيزه على من عليه نفقته لو كان فقيراً فأولى أن يجب ذلك في ديته

(فصل) في ميراث المفقود وهو نوعان [أحدهما] الغالب من حاله الهلاك وهو من يفقد في مهلكة كالذي يفقد بين الصفين وقد هلك جماعة أو في مركب انكسر فغرق بعض أهله أو في مفازة يهلك فيها الناس أو يفقد من بين أهله أو يخرج لصلاة العشاء أو غيرها من الصلوات أو لحاجة قريبة فلا يرجع ولا يعلم خبره فهذا ينتظر به أربع سنين فان لم يظهر له خبر قسم ماله واعتدت امرأته عدة

الثلث وفي يدي النصف ففضل في يدي لك السدس فيدفعه اليه وهو ثلث ما في يده وفي قول أبي حنيفة يدفع اليه نصف ما في يده وهو الربع، وان أقر باخت دفع اليها خمس ما في يده، لأنه يقول نحن اخوان واخت فلك الخمس من جميع المال وهو خمس ما في يدي وخمس ما في يد أخي فيدفع اليها خمس ما في يده وفي قولهم يدفع اليها ثلث ما في يده ، وفارق ما اذا غصب بعض التركة وهما اثنان لأن كل واحد منهما يستحق النصف من كل جزء من التركة وههنا يستحق الثلث فافترقا

(فصل) اذا خلف ابنا واحداً فاقر بأخ من أبيه دفع اليه نصف ما في يده في قول الجميع فان أقر بعده بآخر فاتفقا عليه دفعا اليه ثلث ما في أيديهما في قولهم جميعاً، فان أنكر المقر به ثانيا المقر به أولا لم يثبت نسبه قال القاضي هذا مثل العامة ادخلني اخرجك، وليس له أن يأخذ أكثر من ثلث ما في أيديهما لانه لم يقر بأكثر منه . وقال الشافعي يلزم المقر أن يغرم له نصف التركة لانه أتلفه عليه باقراره الاول . قال شيخنا ويحتمل أن لا يبطل نسب الاول لانه ثبت بقول من هو كل الورثة حال الاقرار وإن لم يصدق المقر به الاول بالثاني لم يثبت نسبه ويدفع اليه المقر ثلث ما بقي في يده لانه الفضل الذي في يده ، ويحتمل أن يلزمه ثلث جميع المال لانه فوته عليه بدفع النصف الى الاول وهو يقر أنه لا يستحق إلا الثلث ، وسواء دفعه اليه بحكم حاكم أو بغير حكمه لان اقراره علة حكم الحا وسوا علم بالحال عند اقراره بالاول أو لم يعلم لان العمد والخطأ واحد في ضمان ما يتلف ، وحكي نحو هذا عن شريك ويحتمل أنه ان علم بالثاني حين اقر بالاول وعلم أنه إذا أقر به بعد الاول لا يقبل ضمن لانه فوت حق غيره بتفريطه وان لم يعلم لم يضمن لانه لا يجب عليه الاقرار بالاول اذا علمه ولا يحوجه إلى

الوفاة وحلت للأزواج نص عليه الامام أحمد وهذا اختيار أبي بكر ، وذكر القاضي انه لايقسم ماله حتى تمضي عدة الوفاة بعد الاربع سنين لانه الوقت الذي يباح لامرأته التزوج فيه والاول أصح لان العدة انما تكون بعد الوفاة فاذا حكم بوفاته فلا وجه للوقوف عن قسم ماله ، وان مات للمفقود من يرثه قبل الحكم بوفاته وقف للمفقود نصيبه من ميراثه وما يشك في مستحقه وقسم باقيه ، فان بان حياً أخذه ورد الفضل إلى أهله ، وان علم انه مات بعد موت موروثه دفع نصيبه مع ماله إلى ورثته ، وان علم انه كان ميتا حين مرت موروثه رد الموقوف الى ورثة الاول ، وان مضت المدة ولم يعلم خبره رد أيضا الى ورثة الاول لانه مشكوك في حياته حين موت موروثه فلا نورثه مع الشك كالجنين الذي يسقط ميتا ، وكذلك إن علمنا انه مات ولم يدر متى مات . ولم يفرق سائر أهل العلم بين هذه الصورة وبين سائر صور الفقدان فيما علمنا إلا أن مالكا والشافعي رضي الله عنهما في القديم وافقا في الزوجة أنها تتزوج خاصة والأظهر من مذهبه مثل قول الباقين ، فأما ماله فاتفقوا على أنه لايقسم حتى تمضي مدة لايعيش في مثلها على ماسنذكره في الصورة الاخرى ان شاء الله تعالى ، لانه مفقود لايتحقق موته فأشبه التاجر والسائح ولنا اتفاق الصحابة رضي الله عنهم على تزويج امرأته على ماذكرناه في العدد ، واذا ثبت ذلك في

حاكم ومن فعل الواجب فقد أحسن وليس بخائن فلا يضمن وقيل هذا قياس قول الشافعي ، وقال ابو حنيفة إن كان الدفع بحكم حاكم دفع الى الثاني نصف ما بقي في يده لان حكم الحاكم كالأخذ منه كرها وان دفعه بغير حاكم دفع الى الثاني ثلث جميع المال لانه دفع الى الاول ماليس له تبرعا

ولنا على الاول أنه أقر بما يجب عليه الاقرار به فلم يضمن ماتلف به كما لو قطع الامام يد السارق فسرى الى نفسه وان أقر بعدهما بثالث فصدقاه ثبت نسبه وأخذ ربع مافي يد كل واحد منهم اذا كان مع كل واحد ثلث المال وإن كذباه لم يثبت نسبه وأخذ ربع مافي يد المقر به وفي ضمانه له ما زاد التفصيل في التي قبلها وعلى مثل قولنا قال ابن أبي ليلى وأهل المدينة وبعض أهل البصرة

﴿ مسألة ﴾ (فان لم يكن في يد المقر فضل فلا شيء للمقر به)

لانه لم يقر له بشيء ، فاذا خلف أخا من أب وأخا من أم فأقرا بأخ من أبوين ثبت نسبه لان كل الورثة أقروا به وأخذ جميع مافي يد الاخ من الاب لانه يسقطه في الميراث ، وان أقر به الاخ من الاب وحده أخذ مافي يده لما ذكرنا ولم يثبت نسبه لان الذي أقر به لايرث المال كله ، وان أقر به الاخ من الام وحده فلا شيء له لانه ليس في يده فضل يقر له به وكذا ان أقر بأخ آخر من امه لذلك فأما ان أقر بأخوين من أم فانه يدفع اليهما ثلث مافي يده لان في يده السدس فباقراره اعترف أنه لايستحق من الميراث الا التسع فيبقى في يده نصف التسع وهو ثلث مافي يده ، وقال ابو حنيفة في ثلاثة اخوة مفترقين اذا أقر الاخ من الام بأخ من أم فله نصف مافي يده وان أقر بأخ من أبوين فللمقر به خمسة أسباع مافي يده وعلى قولنا لايأخذ منه شيئا لانه لافضل في يده

النكاح مع الاحتياط الأبضاع ففي المال أولى . ولان الظاهر هلاكه فأشبه مالو مضت مدة لايعيش في مثلها [النوع الثاني] من ليس الغالب هلاكه كالمسافر لتجارة أو طلب علم أو سياحة ونحو ذلك ولم يعلم خبره ففيه روايتان (إحداهما) لا يقسم ماله ولا تتزوج امرأته حتى يتيقن موته أو يمضي عليه مدة لا يعيش في مثلها وذلك مردود الى اجتهاد الحاكم ، وهذا قول الشافعي رضي الله عنه ومحمد بن الحسن وهو المشهور عن مالك وأبي حنيفة وأبي يوسف لان الاصل حياته والتقدير لايصار اليه الا بتوقيف ولا توقيف ههنا فوجب التوقف عنه

(والرواية الثانية) انه ينتظر به تمام تسعين سنة مع سنه يوم فقد وهذا قول عبدالملك بن الماجشون لان الغالب انه لايعيش أكثر من هذا ، وقال عبدالله بن عبدالحكم ينتظر به الى تمام سبعين سنة مع سنه يوم فقد ولعله يحتج بقول النبي ﷺ « أعمار امتي ما بين السبعين والستين » أو كما قال ، ولان الغالب انه لايعيش أكثر من هذا فأشبه التسعين

وقال الحسن بن زياد ينتظر به تمام مائة وعشرين سنة . قال ولو فقد وهو ابن ستين سنة وله مال لم يقسم ماله حتى يمضي عليه ستون سنة أخرى فيكون له مع سنه يوم فقد مائة وعشرون سنة فيقسم

﴿مسئلة﴾ (وطريق العمل فيها أن تضرب مسئلة الاقرار في مسئلة الانكار وتدفع الى المقر سهمه من مسألة الاقرار مضروبا في مسألة الانكار)

وللمنكر سهمه من مسئلة الانكار مضروب في مسئلة الاقرار وما فضل فهو للمقر به فلو خلف ابنين فأقر أحدهما بأخوين فصدقه أخوه في أحدهما ثبت نسب المتفق عليه فصاروا ثلاثة ثم تضرب مسئلة الاقرار في مسئلة الانكار تكن اثني عشر للمنكر سهم من الانكار في الاقرار أربعة وللمقر سهم من الاقرار في الانكار ثلاثة والمتفق عليه ان صدق المقر مثل سهمه وان أنكر مثل سهم المنكر وما فضل للمختلف فيه وهو سهمان في حال التصديق وسهم في حال الانكار، وقال أبو الخطاب لا يأخذ المتفق عليه من المنكر في حال التصديق الا ربع ما في يده، فصحها من ثمانية للمنكر ثلاثة وللمختلف فيه سهم ولكل واحد من الاخوين سهمان . اذا خلف ابنين فأقر الاكبر بأخوين فصدقه الاصغر في أحدهما ثبت نسب المتفق عليه فصاروا ثلاثة ، فمسئلة الانكار إذاً من ثلاثة ومسئلة الاقرار من أربعة فتضرب احداهما في الاخرى تكن اثني عشر للاصغر سهم من مسئلة الانكار في مسئلة الاقرار أربعة وللاكبر سهم من مسئلة الاقرار في مسئلة الانكار ثلاثة وللمتفق عليه ان أقر بصاحبه مثل سهم الاكبر ، وإن أنكر مثل سهم الاصغر، وذكر أبو الخطاب أن للمتفق عليه إن صدق بصاحبه لم يأخذ من المنكر الاربع ما في يده لانه لا يدعي أكثر منه ويأخذ هو والمختلف فيه من الاكبر نصف ما في يده فتصح من ثمانية للمنكر ثلاثة أثمان وللمقر سهمان وللمتفق عليه سهمان وللآخر سهم . وذكر ابن اللبان أن هذا قياس قول مالك والشافعي، وفي هذا نظر لأن المنكر يقر أنه لا يستحق إلا الثلث وقد حضر

ماله حينئذ بين ورثته ان كانوا أحياء ، وان مات بعض ورثته قبل مضي مائة وعشرين وخلف ورثة لم يكن لهم شيء من مال المفقود وكان ماله للأحياء من ورثته ويوقف للمفقود حصته من مال موروثه الذي مات في مدة الانتظار ، فان مضت المدة ولم يعلم خبر المفقود رد الموقوف الى ورثة موروث المفقود ولم يكن لورثة المفقود ، قال اللؤلؤي : وهذا قول أبي يوسف ، وحكى الخبري عن اللؤلؤي انه قال : ان الموقوف للمفقود ، وان لم يعلم خبره يكون لورثته . قال وهو الصحيح عندي ، والذي ذكرناه هو الذي حكاه ابن اللبان عن اللؤلؤي فقال لو ماتت امرأة المفقود قبل تمام مائة وعشرين سنة بيوم أو بعد فقده بيوم وتمت مائة وعشرون سنة لم تورث منه شيئا ولم نورثه منها لاننا لا نعلم أيهما مات أولا وهذا قياس قول من قال في الغرقى انه لا يورث احدهم من صاحبه ويرث كل واحد الاحياء من ورثته ، قال القاضي هذا قياس قول احمد واتفق الفقهاء على أنه لا يرث المفقود الا الاحياء من ورثته يوم قسم ماله لا من مات قبل ذلك ولو بيوم ، واختلفوا فيمن مات وفي ورثته مفقود فمذهب أحمد واكثر الفقهاء على أنه يعطى كل وارث من ورثته اليقين ويوقف الباقي حتى يتبين أمره أو تمضي مدة الانتظار فتعمل المسألة على أنه حي ثم على أنه ميت وتضرب إحداهما في الاخرى إن تباينتا أو

من يدعي الزيادة فوجب دفعها اليه ونظير هذا ما لو ادعى انسان داراً في يد رجل فأقر بها لغيره فقال المقر له إنما هي لهذا المدعي فانها تدفع اليه

وقد رد الخبري على ابن اللبان هذا القول وقال على هذا يبقى مع المنكر ثلاثة أثمان وهو لا يدعي إلا الثلث وقد حضر من يدعي هذه الزيادة ولا منازع له فيها فيجب دفعها اليه ، قال والصحيح أن يضم المتفق عليه السدس الذي يأخذه من المقر به فيضمه الى النصف الذي هو بيد المقر بهما فيقتسمانه أثلاثاً فتصح من تسعة ، للمنكر ثلاثة ، ولكل واحد من الأخوين سهمان ، وهذا قول أبي يوسف إذا تصادقا

قال شيخنا ولا يستقيم هذا على قول من لا يلزم المقر أكثر من الفضل عن ميراثه لان المقر بهما والمتفق عليه لا ينقص ميراثه عن الربع ولم يحصل له على هذا القول إلا التسعان وقيل يدفع الاكبر اليهما نصف ما في يده ويأخذ المتفق عليه من الاصغر ثلث ما في يده فيحصل للاصغر الثلث وللاكبر الربع ، وللمتفق عليه السدس والثمن ، وللمختلف فيه الثمن ، وتصح من أربعة وعشرين : للاصغر ثمانية ، وللمتفق عليه سبعة ، وللأكبر ستة ، وللمختلف فيه ثلاثة وفيها أقوال كثيرة سوى هذه والاول أصح إن شاء الله تعالى .

﴿ مسألة ﴾ (وإن خلف ابنا فأقر بأخوين بكلام متصل فتصادقا ثبت نسبهما فان تجاحدا فكذلك في أقوى الوجهين لان نسبهما ثبت باقرار من هو كل الورثة قبلهما وفي الآخر لا يثبت لان الاقرار بكل واحد منهما لم يصدر من كل الورثة ويدفع إلى كل واحد منهما ثلث ما في يده ، فان صدق

في وقفها ان اتفقتا وتجزىء باحداهما ان تماثلتا أو بأكثرهما ان تناسبتا وتعطي كل واحد أقل النصيبين ومن لا يرث الا من أحدهما لا تعطيه شيئاً وتقف الباقي ولهم ان يصطلحوا على ما زاد على نصيب المفقود واختاره ابن اللبان لأنه لا يخرج عنهم وأنكر ذلك الوني وقال لا فائدة في أن ينقص بعض الورثة عما يستحقه في مسئلة الحياة وهي متنفية ثم يقال له لك أن تصالح على بعضه بل ان جاز ذلك فالاولى أن تقسم المسألة على تقدير الحياة وتقف نصيب المفقود لاغير، والاول أصح ان شاء الله فان الزائد عن نصيب المفقود من الموقوف مشكوك في مستحقه ويقين الحياة معارض بظهور الموت فينبغي ان يوقف كالزائد عن اليقين في مسائل الحمل والاستهلال، ويجوز للورثة الموجودين الصلح عليه لانه حقهم لايخرج عنهم وإباحة الصلح عليه لا تمنع وجوب وقفه كما تقدم في نظائره ووجوب وقفه لا يمنع الصلح عليه لذلك ولان تجويز أخذ الانسان حق غيره برضاه وصلحه لا يلزم منه جواز أخذه بغير اذنه، وظاهر قول الوني هذا أن تقسم المسئلة على انه حي ويقف نصيبه لاغير، وقال بعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه يقسم المال على الموجودين لأنهم متحققون والمفقود مشكوك فيه فلا يورث مع الشك، وقال محمد بن الحسن القول قول من المال في يده فلو مات رجل وخلف ابنتيه

صدق أحدهما بصاحبه وجحده الآخر ثبت نسب المتفق عليه وفي الآخر وجهان ويدفع إلى كل واحد منهما ثلث مافي يده، وإن كانا توأمين ثبت نسبهما ولم يلتفت إلى إنكار المنكر منهما سواء تجاحدا معاً أو جحد أحدهما صاحبه لانا نعلم كذبهما فانهما لا يفترقان، ومتى أقر الوارث بأحدهما ثبت نسب الآخر وإن أقر بنسب صغيرين دفعة واحدة ثبت نسبهما على الوجه الذي يثبت به نسب الكبيرين المتجاحدين، وهل يثبت على الوجه الآخر؟ فيه احتمالان (أحدهما) يثبت لأنه اقر به كل الورثة حين الاقرار ولم يجحده أحد فهو كالمنفرد (والثاني) لا يثبت لأن أحدهما وارث ولم يقر بالآخر فلم يتفق كل الورثة على الاقرار به فلم تعتبر موافقة الآخر كما لو كانا صغيرين.

﴿ مسئلة ﴾ (فان أقر بأحدهما بعد الآخر أعطى الاول نصف ما في يده) بغير خلاف وثبت نسبه لانه اقر به كل الورثة ويقف ثبوت نسب الباقي على تصديقه لانه صار من الورثة، ويعطي الثاني ثلث ما بقي في يده لانه الفضل فانه يقول نحن ثلاثة

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أقر بعض الورثة بامرأة للميت لزمه من ارثها بقدر حصته) يعني يلزمه مايفضل في يده لها عن حقه كما ذكرنا في الاقرار.

﴿ مسائل ﴾ من هذا الباب إذا خلف ثلاثة بنين فأقر أحدهم بأخ وأخت فصدقه احد أخويه في الاخ والآخر في الاخت لم يثبت نسبهما ويدفع المقر بالاخ اليه ربع ما في يده ويدفع المقر بهما

وإن ابن ابوه مفقود والمال في يد الابنتين فاختصموا الى القاضي فانه لا ينبغي للقاضي أن يحول المال عن موضعه ولا يقف منه شيئا سواء اعترفت الابنتان بفقده أو ادعتا موته، وان كان المال في يد ابن المفقود لم يعط الابنتان الا النصف أقل ما يكون لهما وإن كان المال في يد أجنبي فأقر بان الابن مفقود وقف له النصف في يده وان قال الاجنبي قد مات المفقود لزمه دفع الثلثين الى البنتين ويوقف الثلث الا أن يقر ابن الابن بموت أبيه فيدفع اليه الباقي والجمهور على القول الاول

﴿ ومن مسائل ذلك ﴾ زوج وأم وأخت وجد وأخ مفقود مسئلة الموت من سبعة وعشرين لانها مسئلة الاكدرية ومسئلة الحياة من ثمانية عشر وهما يتفقان بالأتساع فتضرب تسع إحداهما في الاخرى تكن أربعة وخمسين، للزوج النصف من مسئلة الحياة والثلث من مسئلة الموت فيعطى الثلث ، وللأم التسعان من مسئلة الموت والسدس من مسئلة الحياة فتعطى السدس، وللجد ستة عشر سهما من مسئلة الموت وتسعة من مسئلة الحياة فيأخذ التسعة ، وللاخت ثمانية من مسئلة الموت وثلاثة من مسئلة الحياة فتأخذ ثلاثة ويبقى خمسة عشر موقوفة إن بان أن الاخ حي أخذ ستة وأخذ الزوج تسعة وإن بان ميتاً أو مضت المدة قبل قدومه أخذت الام ثلاثة والاخت خمسة والجد سبعة ، واختار الخبري أن المدة

اليها ثلث ما في يده ويدفع المقر بالاخت اليها سبع ما في يده ، فأصل المسئلة ثلاثة أسهم ، سهم المقر يقسم بينهما وبينه على تسعة ، له ستة ولهما ثلاثة ، وسهم المقر بالأخ بينهما على أربعة له ثلاثة ولاخيه سهم ، وسهم المقر بالاخت بينه وبينها على سبعة ، له ستة ولها سهم وكلها متباينة فاضرب أربعة في سبعة في تسعة ثم في أصل المسئلة تكن سبعمائة وستة وخمسون، للمقر بهما ستة في أربعة في سبعة مائة وثمانية وستون ، وللمقر بالاخت ستة في أربعة في تسعة مائتان وستة عشر ، وللمقر بالاخ ثلاثة في سبعة في تسعة مائة تسعة وثمانون ، وللاخ المقر به سهمان في أربعة في سبعة ستة وخمسون وسهم في سبعة في تسعة ثلاثة وستون فيجتمع له مائة وتسعة عشر ، وللأخت سهم في أربعة في سبعة ثمانية وعشرون ، وسهم في أربعة في تسعة ستة وثلاثون، يجتمع لها أربعة وستون، ولا فرق بين تصادقهما وتجاحدهما لانه لا فضل في يد أحدهما عن ميراثه، ولو كان في هذه المسئلة ابن رابع لم يصدقه في واحد منهما كان أصل المسئلة من أربعة أسهم : سهم على أحد عشر وسهم على تسعة وسهم على خمسة وسهم ينفرد به الجاحد فتصح المسئلة من الف وتسعمائة وثمانين سهماً وطريق العمل فيها كالتي قبلها :

(فصل) إذا خلف بنتاً وأختاً فأقرتا بصغيرة فقالت البنت هي أخت وقالت الاخت هي بنت فلها ثلث ما في يد الاخت لا غير .

وهذا قول ابن أبي ليلى ولمحمد بن الحسن واللؤلؤي ويحيى بن آدم تخبيط كثير يطول ذكره وإن خلف امرأة وبنتاً وأختاً فأقررن بصغيرة فقالت المرأة هي امرأة وقالت البنت هي بنت وقالت الاخت هي اخت فقال الخبري تعطى ثلث المال لانه أكثر ما يمكن أن يكون لها ويؤخذ من المقرات

إذا مضت ولم يتبين أمره أن يقسم نصيبه من الموقوف على ورثته فانه كان محكوما بحياته لانها اليقين وانما حكمنا بموته بمضي المدة

ولنا أنه مال موقوف لمن ينتظر ممن لا يعلم حاله فاذا لم تتبين حياته لم يكن لورثته كالموقوف للحمل، وللورثة أن يصطلحوا على التسعة قبل مضي المدة. زوج وأبوان وابنتان مفقودتان مسئلة حياتهما من خمسة عشر وفي حياة احدهما من ثلاثة عشر وفي موتهما من ستة فتضرب ثلث الستة في خمسة عشر ثم في ثلاثة عشر تكن ثلاثمائة وتسعين ثم تعطي الزوج والابوين حقوقهم من مسئلة الحياة مضروبا في اثنين ثم في ثلاثة عشر وتقف الباقي، وإن كان في المسئلة ثلاثة مفقودون عملت لهم أربع مسائل، وإن كانوا أربعة عملت لهم خمس مسائل وعلى هذا. وإن كان المفقود يحجب ولا يرث كزوج وأخت من أبوين وأخت من أب وأخ لها مفقود وقفت السبع بينهما وبين الزوج والاخت من الابوين وقيل لا يوقف ههنا شيء، وتعطى الاخت من الاب السبع لانها لا تحجب بالشك كما لا ترث بالشك والاول أصح لان دفع السبع اليها توريث بالشك وليس في الوقف حجب يقينا انما هو توقف عن صرف المال إلى إحدى الجهتين المشكوك فيها ويعارض قول هذا القائل قول من قال إن اليقين حياته فيعمل على أنه حي ويدفع المال إلى الزوج والاخت من الابوين والتوسط بما ذكرناه أولى والله أعلم

على حسب اقرارهن وقد أقرت لها البنت بأربعة أسهم من أربعة وعشرين وأقرت لها الاخت بأربعة ونصف، وأقرت لها المرأة بسهم ونصف وذلك عشرة أسهم لها منها ثمانية وهي أربعة أخماسها نخذ لها من كل واحدة أربعة أخماس ما أقرت لها به واضرب المسئلة في خمسة تكن مائة وعشرين ومنها تصح، فاذا بلغت الصغيرة فصدقت احداهن أخذت منها تمام ما أقرت لها به وردت على الباقيتين ما أخذته مما لا تستحقه، وهذا قول أبي حنيفة. وقال ابن ليلى يؤخذ لها من كل واحدة ما أقرت لها به فاذا بلغت فصدقت احداهن أمكست ما أخذ لها منها وردت على الباقيتين الفضل الذي لا تستحقه عليها، وهذا القول أصوب إن شاء الله لان فيه احتياطاً على حقها.

ثلاثة اخوة لاب ادعت امرأة أنها أخت الميت لابيه وأمه فصدقها الاكبر وقال الاوسط هي أخت لام وقال الاصغر هي أخت لاب فان الاكبر يدفع اليها نصف ما في يده ويدفع اليها الاوسط سدس ما في يده ويدفع اليها الاصغر سبع ما في يده وتصح من مائة وستة وعشرين لان أصل مسئلتهم ثلاثة، فمسئلة الاكبر من اثنين ومسئلة الثاني من ستة والثالث من سبعة والاثنان تدخل في الستة فتضرب ستة في سبعة تكن اثنين وأربعين فهذا ما في يد كل واحد منهم فتأخذ من الاكبر نصفه أحداً وعشرين ومن الاوسط سدسه سبعة ومن الاصغر سبعه ستة صار لها أربعة وثلاثون وهذا قياس قول ابن أبي ليلى، وفي قول أبي حنيفة تأخذ سبع ما في يد الاصغر فيضم الى نصف ما بيد أحدهما وتضيفه الى ما بيد الآخر وتقاسم الاوسط على ثلاثة عشر له عشرة ولها ثلاثة فتضم الثلاثة الي ما بيد

(فصل) والاسير كالمفقود اذا انقطع خبره وإن علمت حياته ورث في قول الجمهور ، وحكي عن سعيد بن المسيب أنه لا يرث لانه عبد ، وحكي ذلك عن النخعي وقتادة والصحيح الاول والكفار لا يملكون الاحرار والله أعلم

(فصل) في التزويج في المرض والصحة، حكم النكاح في المرض والصحة سواء في صحة العقد وتوريث كل واحد منهما من صاحبه في قول الجمهور ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي رضي الله عنه وقال مالك أي الزوجين كان مريضاً مرضا مخوفا حال عقد النكاح فالنكاح فاسد لا يتوارثان به إلا أن يصيبها فيكون لها المسمى في ثلاثة مقدما على الوصية، وعن الزهري ويحيى بن سعيد مثله واختلف أصحاب مالك في نكاح من لم يرث كالامة والذمية فقال بعضهم يصح لان لا يتهم بقصد توريثها ومنهم من أبطله لجواز أن تكون وارثة ، وقال ربيعة وابن أبي ليلى الصداق والميراث من الثلث ، وقال الاوزاعي النكاح صحيح ولا ميراث بينهما وعن القاسم بن محمد والحسن إن قصد الاضرار بورثته فالنكاح باطل وإلا فهو صحيح

ولنا انه عقد معاوضة يصح في الصحة فيصح في المرض كالبيع ولانه نكاح صدر من أهله في محله

الأكبر وتقاسمه على ما بيده على أربعة لها ثلاثة وله سهم فاجعل ما في يد الاصغر أربعة عشر ليكون لسبعه نصف صحيح واضربها في ثلاثة عشر تكن مائة واثنين وثمانين فهذا ما بيد كل واحد منهم تأخذ من الاصغر سبعه وهو ستة وعشرون تضم الى ما بيد كل واحد من اخوته ثلاثة عشر فيصير معه مائة وخمسة وتسعون وتأخذ من الاوسط منها ثلاثة من ثلاثة عشر وهي خمسة تضمها الى ما بيده الاكبر يصير معه مائتان وأربعون فتأخذ ثلاثة أرباعها وهي مائة وثمانون ويبقى له ستون ويبقى للاوسط مائة وخمسون وللاصغر مائة وستة وخمسون وترجع بالاختصار إلى سدسها وهو أحد وتسعون

(فصل) إذا خلف ابناً فأقر بأخ ثم جحده لم يقبل جحده ولزمه أن يدفع اليه نصف ما بيده ، فان أقر بعد جحده بآخر احتمل ان لا يلزمه له شيء لانه لا فضل في يده عن ميراثه وهذا قول ابن ابي ليلى وان كان لم يدفع الى الاول شيئاً لزمه أن يدفع اليه نصف ما بيده ولا يلزمه للآخر شيء لما ذكرنا ويحتمل ان يلزمه دفع النصف الباقي كله الى الثاني لانه فوته عليه وهو قول زفر وبعض البصريين ويحتمل ان يلزمه ثلث ما في يده للثاني لانه الفضل الذي في يده على تقدير كونهم ثلاثة فيصير كما لو اقر بالثاني من غير جحد الاول ، وهذا احد الوجود لأصحاب الشافعي، وقال اهل العراق ان كان دفع الى الاول بقضاء دفع الى الثاني نصف ما بقي في يده وان كان دفعه بغير قضاء دفع الى الثاني ثلث جميع المال، وان خلف ابنين فأقر احدهما باخ ثم جحده ثم اقر بآخر لم يلزمه للثاني شيء لانه لا فضل في يده وعلى الاحتمال الثاني يدفع اليه نصف ما بقي في يده وعلى الاحتمال الثالث يلزمه دفع ما بقي في يده ولا يثبت نسب واحد منهما في هذه الصورة ويثبت نسب المقر به الاول في المسئلة الاولى دون الثاني

بشرطه فيصح كحال الصحة ، وقد روينا أن عبد الرحمن بن أم الحكم تزوج في مرضه ثلاث نسوة أصدق كل واحدة ألفاً ليضيق بهن على امرأته ويشركنها في ميراثها فأجيز ذلك . واذا ثبت صحة النكاح ثبت الميراث بعموم الآية

(فصل) ولا فرق في ميراث الزوجين بين ماقبل الدخول وبعده لعموم الآية ، ولان النبي ﷺ قضى لبروع بنت اوشق بالميراث وكان زوجها مات عنها قبل أن يدخل بها ولم يفرض لها صداقا ، ولان النكاح صحيح ثابت فيورث به كما بعد الدخول

(فصل) فأما النكاح الفاسد فلا يثبت به التوارث بين الزوجين لانه ليس بنكاح شرعي واذا اشتبه من نكاحها فاسد بمن نكاحها صحيح فالمنقول عن أحمد أنه قال فيمن تزوج أختين لايدري أيتهما تزوج أول فانه يفرق بينهما وتوقف عن أن يقول في الصداق شيئاً قال أبو بكر يتوجه على قوله أن يقرع بينهما ، فعلى هذا الوجه يقرع بينهما في الميراث اذا مات عنهما وعن النخعي والشعبي مايدل على أن المهر والميراث يقسم بينهن على حسب الدعاوى والتنزيل كميراث الخنثى وهو قول أبي حنيفة وأصحابه وقال الشافعي رضي الله عنه يوقف المشكوك فيه من ذلك حتى يصطلحن عليه أو يتبين الامر فلو تزوج

(فصل) اذا مات رجل وخلف ابنين فمات احدهما وترك بنتا فاقر الباقي باخ له من ابيه ففي يده ثلاثة ارباع المال وهو يزعم ان له ربعاً وسدساً فيفضل في يده ثلث يرده على المقر به فان اقرت به البنت وحدها ففي يدها الربع وهي تزعم ان لها السدس يفضل في يدها نصف السدس تدفعه الى المقر له وهذا قول ابن ابي ليلى ، وقال ابو حنيفة ان اقر الاخ دفع اليه نصف مافي يده وان أقرت البنت دفعت اليه خمسة اسباع مافي يدها لانها تزعم ان له ربعاً وسدساً وذلك خمسة من اثنى عشر ولها السدس وهو سهمان فيصير الجميع سبعة لها منها سهمان وله خمسة . بنتان وعم ماتت احداهما وخلفت ابنا وبنتا فأقرت البنت بخالة ففريضة الانكار من تسعة وفريضة الاقرار من سبعة وعشرين لها منها سهمان وفي يدها ثلاثة فيدفع اليها سهما ، وان اقر بها الابن دفع اليها سهمين ، وان اقرت بها البنت الباقية دفعت اليها التسع وان اقر بها العم لم يدفع اليها شيئاً ، وان أقر الابن بخال له فمسئلة الاقرار من اثني عشر له منها سهمان وهما السدس يفضل في يده نصف تسع ، وان أقرت به اخته دفعت اليه ربع تسع ، وان اقرت به البنت الباقية فلها الربع وفي يدها الثلث فتدفع اليه نصف السدس ، وان اقر به العم دفع اليه جميع مافي يده . ابنان مات احدهما عن بنت ثم اقر الباقي منهما بام لابيه ففريضة الانكار من أربعة للمقر منها ثلاثة ارباعها وفريضة الاقرار من اثنين وسبعين للمقر منهما اربعون يفضل في يده اربعة عشر سهماً يدفعها الى المرأة التي اقر بها وترجع بالاختصار الى ستة وثلاثين للمقر منها عشرون والبنت تسعة وللمقر لها سبعة ، وان اقرت بها البنت فلها من فريضة الاقرار خمسة عشر سهماً وفي يدها الربع وهو ثمانية عشر يفضل فى يدها ثلاثة تدفعها الى المقر لها ، وان اقر الابن بزوجة لابيه وهي ام الميت الثاني فمسئلة الاقرار من ستة وتسعين لها منها

امرأة في عقد وأربعا في عقد ثم مات وخلف أخا ولم يعلم أي العقدين سبق ففي قول أبي حنيفة كل واحدة تدعي مهراً كاملا ينكره الاخ فتعطى كل واحدة نصف مهر ويؤخذ ربع الباقي تدعيه الواحدة والاربع فيقسم للواحدة نصفه وللاربع نصفه ، وعند الشافعي رضي الله عنه أكثر مايجب عليه أربعة مهور فيأخذ ذلك يوقف منها مهر بين النساء الخمس ويبقى ثلاثة تدعي الواحدة ربعها ميراثا ويدعي الاخ ثلاثة أرباعها فيوقف منها ثلاثة أرباع مهر بين النساء الخمس وباقيها وهو مهران وربع بين الاربع وبين الاخ ثم يؤخذ ربع مابقي فيوقف بين النساء الخمس والباقي للاخ ، وإن تزوج امرأة في عقد واثنتين في عقد وثلاثا في عقد ولم يعلم السابق فالواحدة نكاحها صحيح فلها مهرها ويبقى الشك في الخمس . فعلى قول أهل العراق لهن مهران بيقين والثالث لهن في حال دون حال فيكون لهن نصفه ثم يقسم ذلك بينهن لكل واحدة نصف مهر ثم يؤخذ ربع الباقي لهن ميراثا فللواحدة ربعه يقينا وتدعي نصف سدسه فتعطى نصفه فيصير لها من الربع سدسه وثمنه وذلك سبعة من أربعة وعشرين والاثنتان يدعيان ثلثيه وهو ستة عشر سهما فيعطين نصفه وهو ثمانية أسهم ، والثلاث يدعين ثلاثة أرباعه وهو ثمانية عشر سهما فيعطين تسعة هذا قول محمد بن الحسن

ستة وخمسون وفي يده ثلاثة ارباع فتفضل معه ستة عشر سهما يدفعها الى المقر لها ويكون له ستة وخمسون ولها ستة عشر وللبنت أربعة وعشرون وترجع بالاختار الى اثنى عشر لان سهامهم كلها تتفق بالاثمان فيكون للمقر سبعة وللمقر لها سهمان وللبنت ثلاثة ، وما جاء من هذا الباب فهذا طريقه . ابوان وابنتان اقتسموا التركة ثم أقروا ببنت للميت فقالت قد استوفيت نصيبي من تركة ابي فالفريضة في الاقرار من ثمانية عشر للابوين ستة ولكل بنت اربعة فاسقط منها نصيب البنت المقر بها يبقى اربعة عشر للابوين منها ستة وانما اخذا ثلث الاربعة عشر وذلك اربعة اسهم وثلثا سهم فيبقى لهما في يد البنتين سهم وثلث يأخذانها منهما فاضرب ثلاثة في اربعة عشر تكن اثنين واربعين فقد اخذ الابوان اربعة عشر وهما يستحقان ثمانية عشر يبقى لهما اربعة، يأخذانها منهما ويبقى للابنتين اربعة وعشرون، وأن قالت قد استوفيت نصف نصيبي فاسقط سهمين من ثمانية عشر يبقى ستة عشر قد اخذا ثلثها خمسة وثلثا وبقي لهما ثلثا سهم فاذا ضربتها في ثلاثة كانت ثمانية واربعين قد اخذا منها ستة عشر يبقى لهما سهمان

﴿مسألة﴾ (اذا قال مات أبي وانت اخي فقال هو ابي ولست بأخي لم يقبل انكاره لانه نسب الميت اليه بانه ابوه واقر بمشاركة المقر له في ميراثه بطريق الاخوة فلما انكر اخوته لم يثبت اقراره به وبقيت دعواه انه ابوه دونه غير مقبولة كما لو ادعى ذلك قبل الاقرار. فاما ان قال مات ابوك وانا اخوك فقال لست بأخي فالمال للمقر له وذلك لانه بدأ بالاقرار بان هذا الميت ابوه فثبت ذلك له ثم ادعى مشاركته بعد ثبوت الابوة للاول فاذا انكر الاول اخوته لم تقبل دعوى هذا المقر

﴿مسألة﴾ (فان قال ماتت زوجتي وانت اخوها فقال لست بزوجها فهل يقبل انكاره؟ على وجهين)

وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف تقسم السبعة عشر بين الثلاث والاثنتين نصفين فيصير الربع من ثمانية وأربعين سهما ثم تضرب الاثنين في الثلاث ثم في الثمانية وأربعين تكن مائتين وثمانية وثمانين فهذا ربع المسائل، وعند الشافعي رضي الله عنه تعطى الواحدة مهرها ويوقف ثلاثة مهور: مهران منها بين الخمس ومهر تدعيه الواحدة والاثنتان وربعه ميراثا وتدعيه الثلاث مهراً وثلاثة أرباعه تدعيه الاخرى ميراثا وتدعيه الثلاث مهراً، ويؤخذ ربع ما بقي فيدفع ربعه الى الواحدة ونصف سدسه بين الواحدة والثلاث موقوف وثلثاه بين الثلاث والاثنتين موقوف، فان طلبت واحدة من الخمس شيئا من الميراث الموقوف لم يدفع اليها شيء وكذلك إن طلبه أحد الفريقين لم يدفع اليه شيء، وإن طلبت واحدة من الثلاث وواحدة من الاثنتين دفع اليهما ربع الميراث وان طلبه واحدة من الاثنتين واثنتان من الثلاث أو الثلاث كلهن دفع اليهن ثلثه، وان عين الزوج المنكوحات أولا قبل تعيينه وثبت، وان وطيء واحدة منهن لم يكن ذلك تعيينا لها وهذا قول الشافعي رضي الله عنه، وللموطوءة الاقل من المسمى أو مهر المثل فيكون الفضل بينهما موقوفا، وعلى قول أهل العراق يكون تعيينا، فان كانت الموطوءة من الاثنتين صح نكاحها وبطل نكاح الثلاث، وان كانت من الثلاث بطل نكاح الاثنتين،

وهذه المسئلة تشبه الاولى من حيث انه نسب الميتة اليه بالزوجية في ابتداء اقراره كما نسب الابوة اليه في قوله مات ابي، وتفارقها في ان الزوجية من شرطها الاشهاد، ويستحب الاعلان بها واشهارها فلا تكاد تخفى ويمكن اقامة البينة عليها بخلاف النسب فانه انما يشهد عليه بالاستفاضة غالباً

(فصل) اذا اقر من اعيلت له المسئلة بمن يزيل العول كزوج واختين اقرت احداهما باخ لها فاضرب مسئلة الاقرار وهي ثمانية في مسئلة الانكار وهي سبعة تكن ستة وخمسين للمنكرة من مسئلة الانكار سهمان في مسئلة الاقرار ستة عشر وللمقرة سهم من مسئلة الاقرار في مسئلة الانكار سبعة يبقى في يدها تسعة، فان انكر الزوج دفعتها الى اخيها المقر به وتعطي الزوج ثلاثة من مسئلة الانكار في مسئلة الاقرار اربعة وعشرون، فان اقر الزوج به فهو يدعي تمام النصف أربعة والاخ يدعي أربعة عشر تكن ثمانية عشر والسهام المقر بها تسعة فاذا قسمتها على الثمانية عشر فللزوج منها سهمان وللاخ سبعة فان اقرت الاختان به وانكر الزوج دفع الى كل اخت سبعة والى الاخ اربعة عشر يبقى اربعة يقران بها للزوج وهو ينكرها، ففي ذلك ثلاثة أوجه (احدها) ان تقر في يد من هي في يده لان اقراره بطل لعدم تصديق المقر له (والثاني) يصطلح عليها الزوج والاختان له نصفها ولهما نصفها لانها لا تخرج عنهم ولا شيء فيها للاخ لانه لا يحتمل ان يكون له فيها شيء بحال (الثالث) يؤخذ الى بيت المال لانه مال لم يثبت له مالك، ومذهب ابي حنيفة في الصورة الاولى ان انكر الزوج اخذت المقرة سهميها من سبعة فقسمتها بين اخيها وبنها على ثلاثة فتضرب ثلاثة في سبعة تكن احدى وعشرين لهما منها ستة لها سهمان ولاخيها اربعة وان اقر الزوج ضم سهامه الى سهمها تكن خمسة واقتسماها بينهم على سبعة للزوج اربعة وللاخ سهمان

وان وطيء واحدة من الاثنتين وواحدة من الثلاث صح نكاح الفريق المبدوء بوطء واحدة منه وللموطوءة التي لم يصح نكاحها مهر مثلها ، فان أشكل أيضا أخذ منه اليقين وهو مهران مسميان ومهر مثل ويبقى مهر مسمى تدعيه النسوة وينكره الاخ فيقسم بينهما فيحصل للنسوة مهر مثل ومسميان ونصف منها مهر مسمى ومهر مثل يقسم بين الموطوءتين نصفين ويبقى مسمي ونصف بين الثلاث الباقيات لكل واحدة نصف مسمى والميراث على ما تقدم وعند الشافعي لا حكم للوطء في التعيين، وهل يقوم تعيين الوارث مقام تعيين الزوج ؟ فيه قولان، فعلى قوله يؤخذ مسمى ومهر مثل للموطوءتين تعطى كل واحدة الاقل من المسمى أو مهر المثل ويقف الفضل بينهما ويبقى مسميان ونصف يقف أحدهما بين الثلاث اللاتي لم يوطأن وآخر بين الثلاث والاثنتين والميراث على ماتقدم

وحكي عن الشعبي والنخعي فيمن له أربع نسوة أبت طلاق إحداهن ثم نكح خامسة ومات ولم يدر أيتهن طلق فللخامسة ربع الميراث وللاربع ثلاثة أرباعه بينهن وهذا مذهب أبي حنيفة اذا كان نكاح الخامسة بعد انقضاء عدة المطلقة ، ولو أنه قال بعد نكاح الخامسة إحدى نسائي طالق ثم نكح سادسة ثم مات قبل أن يبين فللسادسة ربع الميراث والخامسة ربع ثلاثة الأرباع الباقي وما بقي بين الاربع الاول أرباعا وفي قول الشافعي رضي الله عنه ما أشكل من ذلك موقوف على ماتقدم

والاخت سهم واضرب سبعة في سبعة تكن تسعة واربعين ومنها تصح للمنكرة سهمان في سبعة اربعة عشر وللزوج اربعة في خمسة وللاخ سهمان في خمسة وللمقرة سهم في خمسة

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان معهم اختان من ام فمسئلة الانكار من تسعة ومسئلة الاقرار من اربعة وعشرين وهما يتفقان بالاثلاث اذا ضربت وفق احداهما في الاخرى تكن اثنين وسبعين للزوج من مسئلة الانكار ثلاثة في وفق مسئلة الاقرار اربعة وعشرون وللاختين من الام سهمان في ثمانية ستة عشر وللمنكرة كذلك وللمقرة سهم من مسئلة الاقرار في وفق مسئلة الانكار ثلاثة يبقى في يدها ثلاثة عشر للاخ منها ستة ضعف سهمها يبقى سبعة اسهم لايدعيها احد ففيها الاوجه الثلاثة التى ذكرناها)

(احدها) تقر في يد المقرة (والثاني) تؤخذ الى بيت المال (والثالث) يقسم بين الزوج والمقرة والاختين من الام على حسب مايحتمل انه لهم لان هذا المال لايخرج عنهم فان المقرة ان كانت صادقة فهو للزوج والاختين من الام وإن كذبت فهو لها وإن كان لهم لا يخرج عنهم قسم بينهم على قدر الاحتمال كما قسمنا الميراث بين الخنثى ومن معه على ذلك. فعلى هذا يكون للمقرة النصف وللزوج والاختين النصف بينهم على خمسة لان هذا في حال للمقرة وفي حال لهما فقسم بينهم نصفين ثم جعل نصف الزوج والاختين بينهم على خمسة لان له النصف ولهما الثلث وذلك خمسة من ستة فتقسم السبعة الاسهم بينهم على عشرة للمقرة خمسة وللزوج ثلاثة وللاختين سهمان، فاذا أردت تصحيح المسئلة فاضرب المسئلة وهي اثنان وسبعون في عشرة ، ثم كل من له شيء من اثنين وسبعين مضروب في عشرة

﴿ فصل في الطلاق ﴾

اذا طلق الرجل امرأته طلاقا يملك رجعتها في عدتها لم يسقط التوارث بينهما مادامت في العدة سواء كان في المرض أو الصحة بغير خلاف نعلمه، وروي ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وذلك لان الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وايلاؤه ويملك امساكها بالرجعة بغير رضاها ولا ولي ولا شهود ولا صداق جديد، وان طلقها في الصحة طلاقا بائنا أو رجعيا فبانت بانقضاء عدتها لم يتوارثا اجماعا، وان كان الطلاق في المرض المخوف ثم مات من مرضه ذلك في عدتها ورثته ولم يرثها ان ماتت، يروى هذا عن عمر وعثمان رضي الله عنهما وبه قال عروة وشريح والحسن والشعبي والنخعي والثوري وابو حنيفة في أهل العراق ومالك في أهل المدينة وابن أبي ليلى وهو قول الشافعي رضي الله عنه القديم

وروي عن عتبة بن عبد الله بن الزبير لا ترث مبتوتة وروي ذلك عن علي وعبد الرحمن بن عوف وهو قول الشافعي الجديد لانها بائن فلا ترث كالبائن في الصحة او كما لو كان الطلاق باختيارها ولان أسباب الميراث محصورة في رحم ونكاح وولاء وليس لها شيء من هذه الاسباب

ومن له شيء من عشرة مضروب في سبعة وان صدقها الزوج فهو يدعي اثني عشر تمام النصف والأخ يدعي ستة تكن ثمانية عشر والثلاثة عشر لا تنقسم عليها ولا توافقها فاضرب المسئلة في ثمانية عشر تكن ألفاً ومائتين وستة وتسعين ثم كل من له شيء من اثنين وسبعين مضروب في ثمانية عشر ومن له شيء من ثمانية عشر مضروب في ثلاثة عشر فللزوج أربعة وعشرون في ثمانية عشر أربعمائة واثنان وثلاثون وللاختين من الام مائتان ثمانية وثمانون وللمنكر كذلك وللمقرة ثلاثة في ثمانية عشر أربعة وخمسون وللاخ ستة في ثلاثة عشر ثمانية وسبعون وللزوج اثنا عشر في ثلاثة عشر مائة وستة وخمسون وترجع بالاختصار الى مائتين وستة عشر لان السهام كلها تتفق بالأسداس وعلى هذا تعمل ماورد عليك من هذه المسائل اذا فهمتها إن شاء الله تعالى

(فصل) امرأة وعم ووصى لرجل بثلث ماله فأقرت المرأة والعم أنه أخو الميت فصدقهما ثبت نسبه واخذ ميراثه وان أقرت المرأة وحدها فلم يصدقها المقر به لم يؤثر اقرارها شيئاً وإن صدقها الاخ وحده فللمرأة الربع بكماله الا أن تجيز الوصية وللعم النصف ويبقى الربع يدفع الى الوصي وان صدقها العم ولم يصدقها الوصي فله الثلث وللمرأة الربع والباقي يقر به العم لمن لا يدعيه ففيه الاوجه الثلاثة التي ذكرناها وإن أقر به العم وحده فصدقه للموصى له أخذ ميراثه وهو ثلاثة أرباع وللمرأة السدس ويبقى نصف السدس فيحتمل أن يكون لها لان الموصى له يعترف ببطلان الوصية أو وقوفها على إجازة

ولنا أن عثمان رضي الله عنه ورث تماضر بنت الاصبغ الكلبية من عبد الرحمن بن عوف وكان طلقها في مرضه فبتها واشتهر ذلك في الصحابة فلم ينكر فكان اجماعا ولم يثبت عن علي ولا عبد الرحمن خلاف في هذا بل قد روى عروة عن عثمان أنه قال لعبد الرحمن لان مت لاورثنها منك قال قد علمت ذلك وماروي عن ابن الزبير ان صح فهو مسبوق بالاجماع ولان هذا قصد قصداً فاسداً في الميراث فعورض بنقيض قصده كالقاتل القاصد استعجال الميراث يعاقب بحرمانه، اذا ثبت هذا فالمشهور عن أحمد أنها ترثه في العدة وبعدها مالم تتزوج قال أبو بكر لا يختلف قول أبي عبد الله في المدخول بها اذا طلقها المريض أنها ترثه في العدة وبعدها مالم تتزوج روي ذلك عن الحسن وهو قول البتي وحميد وابن أبي ليلى وبعض البصريين وأصحاب الحسن ومالك في أهل المدينة وذكر عن ابي بن كعب لما روى أبو سلمة بن عبد الرحمن أن اباه طلق أمه وهو مريض فمات فورثته بعد انقضاء العدة ولان سبب توريثها فراره من ميراثها وهذا المعنى لايزول بانقضاء العدة، وروي عن أحمد ما يدل على أنها لاترث بعد العدة فانه قال في رواية الاثرم يلزم من قال له أن يتزوج أربعا قبل انقضاء عدة مطلقاته أنه لو طلق أربعا نسوة في مرضه ثم تزوج أربعا ثم مات من مرضه ذلك ان الثمان يرثنه

المرأة ولم تجزها ويحتمل الاوجه الثلاثة وإن لم يصدقه أخذ الثلث بالوصية وأخذت المرأة السدس بالميراث ويبقى النصف في الاوجه الثلاثة والله سبحانه وتعالى أعلم

باب ميراث القاتل

(كل قتل مضمون بقصاص أو دية أو كفارة يمنع القاتل ميراث المقتول سواء كان القتل عمداً أو خطأ بمباشرة أو سبب صغيراً كان القاتل أو كبيراً أو مجنوناً)

لا يرث قاتل العمد وقد أجمع عليه أهل العلم إلا ما حكي عن سعيد بن المسيب وابن جبير أنهما ورثاه وهو رأي الخوارج لان آية الميراث تتناوله بعمومها فيجب العمل بها ولا تعويل على هذا القول لشذوذه وقيام الدليل على خلافه فان عمر رضي الله عنه أعطى دية ابن قتادة المذحجي لاخيه دون أبيه وكان حذفه بسيف فقتله واشتهرت هذه القصة بين الصحابة فلم تنكر فكانت اجماعا وقال عمر سمعت رسول الله ﷺ يقول «ليس لقاتل شيء» رواه مالك في موطئه والامام أحمد بسنده وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ نحوه رواه ابن اللبان باسناده ورواها ابن عبد البر في كتابه وروى ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ «من قتل قتيلا فانه لا يرثه وإن لم يكن له وارث غيره وان كان والده أو ولده فليس لقاتل ميراث» رواه الامام أحمد باسناده ولان توريث القاتل يفضي الى تكثير القتل لان الوارث ربما استعجل موت موروثه ليأخذ ماله كما فعل الاسرائيلي الذي قتل عمه فأنزل الله تعالى فيه قصة البقرة ويقال ماورث قاتل بعد عاميل وهو اسم القتيل فأما القتل خطأ فذهب كثير من أهل العلم إلى أن القاتل لا يرث أيضاً نص

كلهن فيكون مسلما يرثه ثمان نسوة وهذا القول يلزم منه توريث ثمان وتوريثها بعد العدة يلزم منه ذلك ولانه قال في المطلقة قبل الدخول لا ترث لأنها لا عدة لها وهذه كذلك فلا ترث وهذا قول عروة وأبي حنيفة وأصحابه وقول الشافعي القديم لانها تباح لزوج آخر فلم ترثه كما لو كان في الصحة ولان توريثها بعد العدة يفضي الى توريث أكثر من أربع نسوة فلم يجز ذلك كما لو تزوجت وان تزوجت المبتوتة لم ترثه سواء كانت في الزوجية أو بانت من الزوج الثاني هذا قول أكثر أهل العلم وقال مالك في اهل المدينة ترثه لما ذكرنا في الرواية الاولى ولأنها شخص يرث مع انتفاء الزوجية فورث معها كسائر الوارثين .

ولنا أن هذه وارثة من زوج فلا ترث زوجا سواه كسائر الزوجات ولان التوارث من حكم النكاح فلا يجوز اجتماعه مع نكاح آخر كالعدة ولأنها فعلت باختيارها ما ينافي نكاح الاول لها فأشبه ما لو كان فسخ النكاح من قبلها .

(فصل) ولو صح من مرضه ذلك ثم مات بعده لم ترثه في قول الجمهور وروي عن النخعي والشعبي والثوري وزفر أنها ترثه لانه طلاق مرض قصد به الفرار من الميراث فلم يمنعه كما لو لم يصح .

عليه أحمد يروى ذلك عن عمر وعلي وزيد وابن مسعود وابن عباس وروي نحوه عن أبي بكر رضي الله عنهم وبه قال شريح وعروة وطاوس وجابر بن زيد والنخعي والثوري والشعبي وشريك والحسن ابن صالح ووكيع ويحيى بن آدم والشافعي وأصحاب الرأي وذهب قوم الى أنه يرث من المال دون الدية روي ذلك عن سعيد بن المسيب وعمرو بن شعيب وعطاء والحسن ومجاهد والزهري ومكحول والاوزاعي وابن أبي ذئب وأبي ثور وابن المنذر وداود وروي نحوه عن علي لان ميراثه ثابت بالكتاب والسنة تخصص قاتل العمد بالاجماع فوجب البقاء على الظاهر فيما سواه

ولنا الاحاديث المذكورة ولان من لا يرث من الدية لا يرث من غيرها كقاتل العمد والمخالف في الدين ، والعمومات مخصصة بما ذكرناه فعلى هذا القتل المانع من الميراث هو القتل بغير حق كالعمد وشبه العمد والخطأ وما أجري مجراه كالقتل بالسبب وقتل الصبي والمجنون والنائم وكل قتل مضمون بقصاص أو دية أو كفارة .

(مسئلة) (فأما ما لا يضمن بشيء من هذا القتل قصاصاً أو حدا أو دفعاً عن نفسه وقتل العادل الباغي والباغي العادل فلا يمنع وعنه لا يرث العادل الباغي ولا الباغي العادل فيخرج منه أن كل قاتل لا يرث)

وجملة ذلك أن القتل المانع من الارث ما كان مضموناً على ما ذكرنا فأما ما ليس بمضمون فلا يمنع الميراث كالقتل قصاصاً وحداً ودفعاً عن نفسه وقتل العادل الباغي أو من قصد مصلحة موليه بماله فعله من سقي دواء أو بط خراج فمات أو من أمره انسان عاقل كبير ببط خراجه أو قطع سلعة منه فمات بذلك ورثه في ظاهر المذهب قال أحمد اذا قتل الباغي العادل في الحرب يرثه وعن أحمد أن العادل

ولنا أن هذه بائن بطلاق في غير مرض الموت لم ترثه كالمطلقة في الصحة ولأن حكم هذا المرض حكم الصحة في العطايا والاعتاق والاقرار فكذلك في الطلاق، وما ذكروه يبطل بما إذا قصد الفرار بالطلاق في صحته

(فصل) ولو طلق امرأته ثلاثا في مرضه قبل الدخول بها فقال أبو بكر فيها أربع روايات (احداهن) لها الصداق كاملا والميراث وعليها العدة اختارها ابو بكر وهو قول الحسن وعطاء وأبي عبيد لان الميراث ثبت للمدخول بها لفراره منه وهذا فار وإذا ثبت الميراث ثبت وجوب تكميل الصداق وينبغي ان تكون العدة عدة الوفاة لانا جعلناها في حكم من توفي عنها وهي زوجة ولأن الطلاق لا يوجب عدة على غير مدخول بها (الثانية) لها الميراث والصداق ولا عدة عليها، وهو قول عطاء لأن العدة حق عليها فلا يجب بفراره (والثالثة) لها الميراث ونصف الصداق وعليها العدة وهذا قول مالك في رواية أبي عبيد عنه لان من ترث يجب أن تعتد ولا يكمل الصداق لان الله تعالى نص على تنصيفه بالطلاق قبل المسيس ولا تجوز مخالفته والرابعة لا ميراث لها ولا عدة عليها ولها نصف الصداق وهو قول جابر بن زيد والنخعي وأبي حنيفة والشافعي وأكثر أهل العلم. قال احمد، قال جابر بن زيد لا ميراث لها ولا عدة

اذا قتله الباغي في الحرب لا يرثه ونقل محمد بن الحكم عن أحمد في أربعة شهود شهدوا على أختهم بالزنا فرجمت فرجموا مع الناس يرثونها هم غير قتلة وعن أحمد رواية أخرى تدل على أن القتل يمنع الميراث بكل حال فانه قال في رواية ابنيه صالح وعبد الله لا يرث الباغي العادل ولا العادل الباغي وهذا يدل على أن القتل يمنع الميراث بكل حال وهو ظاهر مذهب الشافعي أخذاً بظاهر الحديث ولانه قاتل فأشبه الصبي والمجنون وقال أبو حنيفة وصاحباه كل قتل لا يأثم فيه لا يمنع الميراث كقتل الصبي والمجنون والنائم والساقط على انسان من غير اختيار منه وسائق الدابة وقائدها وراكبها اذا قتلت بيدها أو فيها فانه يرثه لانه قتل غير متهم فيه ولا اثم فيه أشبه القتل في الحد

ولنا على أبي حنيفة وأصحابه عموم الاخبار خصصنا منها القتل الذي لا يضمن ففي ماعداه تبقى على مقتضاها ولانه قتل مضمون فيمنع الميراث كالخطأ

ولنا على الشافعي أنه فعل مأذون فيه فلم يمنع الميراث كما لو أطعمه أو سقاه باختياره فافضى الى تلفه ولانه حرم الميراث في محل الوفاق كيلا يفضي الى ايجاد القتل المحرم وزجراً عن اعدام النفس المعصومة وفي مسئلتنا حرمان الميراث يمنع إقامة الحدود الواجبة واستيفاء الحقوق المشروعة ولا يفضي الى ايجاد قتل محرم فهو ضد ما ثبت في الاصل ولا يصح القياس على قتل الصبي والمجنون لانه قتل محرم وتفويت نفس معصومة والتوريث يفضي اليه بخلاف مسئلتنا اذا ثبت هذا فالمشارك في القتل في الميراث كالمنفرد لانه يلزمه من الضمان بحسبه فلو شهد على موروثه مع جماعة ظلما فقتل لم يرثه وان شهد بحق ورثه لانه غير مضمون

عليها . قال الحسن ترث قال احمد اذهب الى قول جابر وذلك لان الله تعالى نص على تنصيف الصداق ونفى العدة عن المطلقة قبل الدخول بقوله تعالى (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم وقال تعالى (ياأيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) ولا يجوز مخالفة نص الكتاب بالرأي والتحكم . وأما الميراث فانها ليست بزوجة ولا معتدة من نكاح فأشبهت المطلقة في الصحة والله أعلم . ولو خلا بها وقال لما أطأها وصدقته فلها الميراث وعليها العدة للوفاة ويكمل لها الصداق لان الخلوة تكفي في ثبوت هذه الاحكام وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه

(فصل) ولو طلق المدخول بها طلاقا رجعيا ثم مرض في عدتها ومات بعد انقضائها لم ترثه لانه طلاق صحة ، وإن طلقها واحدة في صحته وأبانها في مرضه ثم مات بعد انقضاء عدتها فحكمها حكم مالو ابتدأ طلاقها في مرضه لانه فر من ميراثها فان طلقها واحدة في صحته وأخرى في مرضه ولم يبنها حتى بانت بانقضاء عدتها لم ترث لان طلاق المرض لم يقطع ميراثها ولم يؤثر في بينونتها

(فصل) أربعة اخوة قتل أكبرهم الثاني ثم قتل الثالث الاصغر سقط القصاص عن الاكبر لان ميراث الثاني صار للثالث والاصغر نصفين فلما قتل الثالث الاصغر لم يرثه وورثه الاكبر فرجع اليه نصف دم نفسه وميراث الاصغر جميعه فسقط عنه القصاص لميراثه بعض دم نفسه وله القصاص على الثالث ويرثه في ظاهر المذهب فان اقتص منه ورثه وورث أخوته الثلاثة ولو أن اثنين قتل أحدهما أحد أبويهما وهما زوجان ثم قتل الآخر أبا الآخر سقط القصاص عن الاول ووجب على القاتل الثاني لان الاول لما قتل أباه ورث ماله ودمه أخوه وامه فلما قتل الثاني امه ورثها قاتل الاب فصار له من دم نفسه ثمنه فسقط القصاص عنه لذلك وله القصاص على الآخر فان قتله ورثه في ظاهر المذهب وان جرح أحدهما أباه والآخر امه وماتا في حال واحدة ولا وارث لهما سواهما فلكل واحد منهما مال الذي لم يقتله ولكل واحد منهما القصاص على صاحبه وكذلك لو قتل كل واحد منهما أحد الابوين ولم يكونا زوجين فلكل واحد منهما القصاص على اخيه الا أنه لا يمكن أحدهما الاستيفاء الا بابطال حق الآخر فيسقطان وان عفي أحدهما عن الاخر فللآخر قتل العافي ويرثه في الظاهر ، وإن بادر أحدهما فقتل أخاه سقط القصاص عنه وورثه في الظاهر ويحتمل أن لا يرثه ويجب القصاص عليه لان القصاصين لما تساويا وتعذر الجمع بين استيفائهما سقط فلم يبق لهما حكم فيكون المستوفي منهما متعديا باستيفائه فلا يرث أخاه ويجب القصاص عليه بقتله وان أشكل كيفية موت الابوين وادعى كل واحد منهما أن قتيله أولهما موتا خرج في توريثهما ما ذكرنا في الغرقى من توريث كل واحد من الميتين من الآخر ثم يرث كل واحد منهما بعض دم نفسه فيسقط القصاص عنهما ومن لا يرى ذلك

(فصل) وإن طلقها ثلاثاً في مرضه فارتدت ثم أسلمت ثم مات في عدتها ففيه وجهان (أحدهما) ترثه وهو قول مالك لانها مطلقة في المرض أشبه مالو لم ترتد (والثاني) لاترثه وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنها فعلت ماينافي النكاح أشبه مالو تزوجت ولو كان هو المرتد ثم أسلم ومات ورثته، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وقال الشافعي رضي الله عنهم لاترثه

ولنا أنها مطلقة في المرض لم تفعل ماينافي نكاحها مات زوجها في عدتها فأشبه مالو لم ترتد، ولو ارتد أحد الزوجين بعد الدخول من غير طلاق ثم عاد إلى الاسلام قبل انقضاء العدة ورثه الآخر لان النكاح باق فان انقضت العدة قبل رجوعه انفسخ النكاح ولم يرث احدهما الآخر، وإن قلنا ان الفرقة تتعجل عند اختلاف الدين لم يرث أحدهما الآخر ويتخرج أن يرثه الآخر اذا كان ذلك في مرض موته لانه تحصل به البينونة فأشبه الطلاق وهو قول مالك، وقال أبو حنيفة وأصحابه اذا ارتدت المرأة ثم ماتت في عدتها ورثها الزوج

(فصل) اذا طلق المسلم المريض زوجته الامة و الذمية طلاقاً بائناً ثم أسلمت الذمية وعتقت الامة

فالجراب فيها كالتي قبلها ويحتمل أن يسقط القصاص بكل حال للشبهة والله أعلم ويكون لكل واحد منهما دية الآخر وماله

باب ميراث المعتق بعضه

لا يرث العبد ولا يورث سواء كان قنا أو مدبراً أو مكاتبا أو أم ولد. قال شيخنا لا أعلم خلافاً في أن العبد لايرث إلا ماروي عن ابن مسعود في رجل مات وترك أبا مملوكا يشترى من ماله ويعتق ويرث وقاله الحسن وحكي عن طاوس أن العبد يرث ويكون ماورثه لسيده ككسبه وكما لو وصى له ولانه تصح الوصية له فيرث كالحر

ولنا أن فيه نقصا منع كونه موروثا فمنع كونه وارثا كالمرتد ويفارق الوصية فانها تصح لمولاه ولا ميراث له وقياسهم ينتقض بمختلفي الدين، وقول ابن مسعود لايصح لان الاب رقيق حين موت ابنه فلم يرثه كسائر الاقارب وذلك لان الميراث صار لاهله بالموت فلم ينتقل عنهم الى غيرهم وأجمعوا على أن المملوك لايورث لانه لامال له فانه لايملك، ومن قال أنه يملك بالتمليك فلمكه ناقص غير مستقر يزول الى سيده بزوال ملكه عن رقبته بدليل قوله عليه الصلاة والسلام «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع» ولان السيد أحق بمنافعه واكتسابه في حياته فكذلك بعد مماته وممن روي عنه أن العبد لايرث ولايورث ولايحجب علي وزيد والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي، والاسير الذي عند الكفار يرث اذا علمت حياته في قول عامة الفقهاء الا سعيد بن المسيب فانه قال لايرث لانه عبد ولا يصح لان الكفار لايملكون الاحرار بالقهر وهو باق على حريته فيرث كالمطلق

ثم مات في عدتهما لم ترثاه لانه لم يكن عند الطلاق فاراً ، وإن قال لهما في المرض اذا عتقت أنت أو أسلمت أنت فأنتما طالقتان فعتقت الامة وأسلمت الذمية ومات ورثتاه لانه فار فان قال لهما أنتما طالقتان غداً فعتقت الامة وأسلمت الذمية لم ترثاه لانه غير فار ، وإن قال سيد الامة أنت حرة غداً ، وقال الزوج أنت طالق غداً وهو يعلم بقول السيد ورثته لانه فار ، وإن لم يعلم لم ترثه لعدم الفرار ، وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي رضي الله عنه ولم أعلم لهم مخالفا

(فصل) واذا قال لامرأته في صحته اذا مرضت فأنت طالق فحكمه حكم طلاق المرض سواء ، فان أقر في مرضه أنه كان طلقها في صحته ثلاثا لم يقبل اقراره عليها وكان حكمه حكم طلاقه في مرضه وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي رضي الله عنه يقبل اقراره . ولنا أنه اقرار بما يبطل به حق غيره فلم يقبل كما لو أقر بمالها

(فصل) وإن سألته الطلاق في مرضه فأجابها فقال القاضي فيه روايتان (احداهما) لاترثه لانه ليس بفار (والثانية) ترثه لانه طلقها في مرضه وهو قول مالك وكذلك الحكم إن خالعها أو علق الطلاق على مشيئتها فشاءت أو على فعل من جهتها لها منه بد ففعلته أوخيرها فاختارت نفسها والصحيح في هذا كله أنها لاترثه لانه لافرار منه وهذا قول أبي حنيفة والشافعي رضي الله عنه ، وإن لم تعلم

(فصل) والمدبر وأم الولد كالقن لانه رقيق بدليل أن النبي ﷺ باع مدبراً ، وأم الولد مملوكة يجوز لسيدها وطؤها بحكم الملك واجارتها وحكمها حكم الامة في جميع أحكامها الا فيما ينقل الملك فيها أو يراد له كالرهن فاما المكاتب فان لم يملك قدر ماعليه فهو عبد لايرث ولا يورث ، وان ملك قدر مايؤدي ففيه روايتان (إحداهما) أنه عبد مابقي عليه درهم لايرث ولا يورث روي ذلك عن عمر وزيد بن ثابت وابن عمر وعائشة وأم سلمة وعمر بن عبد العزيز والشافعي وأبي ثور وعن ابن المسيب وشريح والزهري نحوه لما روى ابو داود باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال « المكاتب عبد مابقي عليه درهم » وفي لفظ أن النبي ﷺ قال « أيما عبد كاتب على مائة أوقية فأداها الا عشر أواق فهو عبد وأيما عبد كاتب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير فهو عبد » وعن محمد بن المنكدر وعبدالله مولى عفرة وعبدالله بن عبيدة أن النبي ﷺ قال لعتاب بن أسيد « من كاتب مكاتبا فهو أحق به حتى يقضي كتابته » وقال القاضي وأبو الخطاب اذا أدى المكاتب ثلاثة أرباع كتابته وعجز عن الربع عتق لان ذلك يجب إيتاؤه المكاتب فلايجوز ابقاؤه على الرق لعجزه عما يجب رده اليه (والرواية الثانية) أنه إذا ملك مايؤدي صار حراً يرث ويورث فاذا مات له من يرثه ورث ، وان مات فلسيده بقية كتابته والباقي لورثته لما روى ابوداود باسناده عن أم سلمة قالت قال لنا رسول الله ﷺ « اذا كان لاحداكن مكاتب وكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه » وروى الحكم عن علي وابن مسعود وشريح يعطى سيده من تركته مابقي من كتابته فان فضل شيء كان لورثة المكاتب وروي نحوه عن الزهري وبه قال سعيد بن المسيب وابو سلمة بن عبدالرحمن والنخعي

بتعليق طلاقها ففعلت ماعلق عليه ورثته لانها معذورة فيه ، ولو سألته طلقة فطلقها ثلاثا ورثته لانه أبانها بما لم تطلبه منه ، وإن علق طلاقها على فعل لابد لها منه كصلاة مكتوبة وصيام واجب في وقته ففعلته فحكمه حكم طلاقها ابتداء في قولهم جميعاً ، وكذلك إن علقه على كلامها لابويها أو لاحدهما ، وإن قال في مرضه أنت طالق إن قدم زيد ونحوه مما ليس من فعلها ولا فعله فوجد الشرط فطلقت به ورثته

(فصل) فان علق طلاقها في الصحة على شرط وجد في المرض كقدوم زيد ومجيء غد وصلاتها الفرض بانت ولم ترث لان اليمين كانت في الصحة

وذكر القاضي رواية أخرى أنها ترث وهو قول مالك لان الطلاق وقع في المرض والاول أصح وإن علقه على فعل نفسه ففعله في المرض ورثته لانه أوقع الطلاق بها في المرض فأشبه مالو كان التعليق في المرض . ولو قال في الصحة أنت طالق ان لم أضرب غلامي فلم يضربه حتى مات ورثته وان ماتت لم يرثها . وان مات الغلام والزوج مريض طلقت وكان كتعليقه على مجيء زيد أيضا ، وكذلك إن قال ان لم أوفك مهرك فأنت طالق ، وان ادعى الزوج انه وفاها مهرها فأنكرته صدق الزوج في توريثه منها لان الاصل بقاء النكاح ولم تصدق في براءته منه لان الاصل بقاؤه في ذمته ، ولو قال لها في

والشعبي والحسن ومنصور ومالك وابو حنيفة الا أن مالكا جعل من كان معه في كتابته أحق ممن لم يكن معه فانه قال في مكاتب هلك وله أخ معه في الكتابة وله ابن قال ما فضل من كتابته لاخيه دون ابنه وجعله أبو حنيفة عبداً ما دام حيا وان مات أدي من تركته باقي كتابته والباقي لورثته ، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال على المنبر انكم مكاتبون مكاتبين فأيهم أدى النصف فلا رق عليه وعن علي إذا أدى النصف فهو حر وعن عروة نحوه وعن الحسن اذا أدى الشطر فهو غريم ، وعن ابن مسعود وشريح مثله وعن ابن مسعود إذا أدى ثلثا أو ربعا فهو غريم وعن ابن عباس اذا كتب الصحيفة فهو غريم وعن علي قال : تجري العتاقة في المكاتب في أول نجم يعني يعتق منه بقدر ما أدى وعنه أنه قال يرث ويحجب ويعتق منه بقدر ما أدى ، وروى حماد بن سلمة عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال : إذا أصاب المكاتب حداً أو ميراثا ورث بحساب ما عتق منه وأقيم عليه الحد بحساب ماعتق منه ، وفي رواية يؤدي المكاتب بقدر ماعتق منه دية الحر وقدر مارق منه دية العبد . قال يحيى بن أبي كثير وكان علي رضي الله عنه ومروان بن الحكم يقولان ذلك وقد روي حديث ابن عباس عن عكرمة عن النبي ﷺ مرسلا والحديث الذي رويناه لقولنا أصح ولا نعلم أحدا من الفقهاء قال بهذا وماذكرناه أولى إن شاء الله

﴿ مسئلة ﴾ (فأما المعتق بعضه فما كسبه بجزئه الحر فهو لورثته ويرث ويحجب بقدر مافيه من الحرية)

وجملة ذلك أن المعتق بعضه اذا اكتسب مالاً ثم مات وخلفه فان كان قد كسبه بجزئه الحر مثل أن يكون قد هايأ سيده على منفعته فاكتسب في أيامه أو ورث شيئا فان الميراث انما يستحقه بجزئه

الصحة أنت طالق ان لم أتزوج عليك فكذلك ، نص عليه أحمد وهو قول الحسن ، ولو قذف المريض امرأته ثم لاعنها في مرضه فبانت منه ثم مات في مرضه ورثته وان ماتت لم يرثها ، وان قذفها في صحته ولاعنها في مرضه ومات فيه لم ترثه نص عليه أحمد وهو قول الشافعي واللؤلؤي ، وذكر القاضي رواية أخرى انها ترث وهو قول أبي يوسف وان آلى منها في مرضه ثم صح ثم نكس في مرضه فبانت بالايلاء لم ترثه

(فصل) وإذا استكره الابن امرأة أبيه على ما ينفسخ به نكاحها من وطء أو غيره في مرض أبيه فمات أبوه من مرضه ذلك ورثته ولم يرثها ان ماتت ، وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه ، فان طاوعته على ذلك لم ترث لانها مشاركة فيما ينفسخ به نكاحها فأشبه مالو خالعته وسواء كان للميت بنون سوى هذا الابن أو لم يكن ، فاذا انتفت التهمة عنه بأن يكون غير وارث كالكافر والقاتل والرقيق أو كان ابناً من الرضاعة أو ابن ابن محجوب بابن للميت أو بأبوين أو ابنين أو كان للميت امرأة أخرى تحوز ميراث الزوجات لم ترث لانتفاء التهمة ، ولو صار ابن الابن وارثاً بعد ذلك لم يرث لانتفاء التهمة حال الوطء ، ولو كان حال الوطء وارثاً فصار محجوباً عن الميراث لورثت لوجود التهمة حين الوطء ، ولو كان للمريض امرأتان فاستكره ابنه احداهما لم ترثه لانتفاء التهمة عنه لكون ميراثها لا يرجع اليه ، ولو استكره الثانية بعدها لورثت الثانية لانه متهم في حقها ، ولو استكرههما معاً دفعة واحدة ورثتا جميعاً ، وهذا كله قول أبي حنيفة وأصحابه ، فأما

الحر أو كان قد قاسم سيده في حياته فتركته كلها لورثته لاحق لمالك باقيه فيها ، وقال قوم جميع ما خلفه بينه وبين سيده قال ابن اللبان هذا غلط لان الشريك إذا أخذ حقه من كسبه لم يبق له حق في الباقي ولا سبيل له على ما كسبه بنصف الحر كما لو كان بين الشريكين فاقتسما كسبه لم يكن لاحدهما حق في حصة الآخر ، والعبد يخالف أحد الشريكين فيما عتق منه فأما ان لم يكن كسبه بجزئه الحر خاصة ولا اقتسما كسبه فلمالك باقيه من تركته بقدر ملكه فيه والباقي لورثته فان مات له من يرثه فانه يرث ويورث ويحجب على قدر ما فيه من الحرية هذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه قال عثمان التيمي وحمزة الزيات وابن المبارك والمزني وأهل الظاهر ، وقال زيد بن ثابت لا يرث ولا يورث وأحكامه أحكام العبد وبه قال مالك والشافعي في القديم وجعلا ماله لمالك باقيه قال ابن اللبان هذا غلط لانه ليس لمالك باقيه على ما عتق منه ملك ولا ولاء ولا هو ذو رحم قال ابن شريح يحتمل على قول الشافعي القديم أن يجعل في بيت المال لانه لاحق له فيما كسبه بجزئه الحر ، وقال الشافعي في الجديد ما كسبه بجزئه الحر لورثته ولا يرث هو ممن مات شيئاً وبه قال طاوس وعمرو بن دينار وأبو ثور وقال ابن عباس هو كالحر في جميع أحكامه في توريثه والارث منه وغيرهما وبه قال الحسن وجابر بن زيد والشعبي والنخعي والحكم وحماد وابن أبي ليلى والثوري وابو يوسف ومحمد واللؤلؤي ويحيى بن آدم وداود وقال ابو حنيفة ان كان الذي لم يعتق استسعى العبد فله من تركته سعاية وله نصف ولاية وإن كان غرم الشريك فولاؤه كله للذي أعتق بعضه

الشافعي رضي الله عنه فانه لا يرى فسخ النكاح بالوطء الحرام ، وكذلك الحكم فيما اذا وطيء المريض من ينفسخ نكاحه بوطئها كأم امرأته أو ابنتها فان امرأته تبين منه و ترثه إذا مات في مرضه ولا يرثها وسواء طاوعته الموطوءة أو أكرهها فان مطاوعتها ليس للمرأة فيه فعل فيسقط بهميراثها ، فان كان زائل العقل حين الوطء لم ترث امرأته منه شيئا لانه ليس له قصد صحيح فلا يكون فاراً من ميراثها وكذلك لو وطيء ابنة امرأته مستكرها لها وهو زائل العقل لم ترث لذلك ، فان كان صبيا عاقلا ورثت لان له قصداً صحيحا . وقال أبو حنيفة هو كالمجنون لان قوله لا عبرة به ، وكذلك الحكم فيما إذا وطيء بنت امرأته أو أمها . وللشافعي في وطء الصبي ابنة امرأته أو أمها قولان (أحدهما) لا ينفسخ به نكاح امرأته لانه لا يحرم (والثاني) ان امرأته تبين بذلك ولا ترثه ولا يرثها ، وفي القبلة والمباشرة دون الفرج روايتان (إحداهما) تنشر الحرمة وهو قول أبي حنيفة وأصحابه لانها مباشرة تحرم في غير النكاح والملك فأشبه الوطء (والثانية) لا ينشره لانه ليس بسبب للبضعية فلا ينشر الحرمة كالنظر والخلوة .وخرج أصحابنا في النظر الى الفرج والخلوة لشهوة وجهاانه ينشر الحرمة

ولنا ما روى عبد الله بن احمد ثنا الرملي عن يزيد بن هارون عن عكرمة عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال في العتيق يعتق بعضه « يرث ويورث على قدر ما عتق منه » ولانه يجب أن يثبت لكل بعض حكمه كما لو كان الآخر مثله وقياساً لأحدهما على الآخر إذا ثبت هذا فالتفريع على قولنا لان العمل على غيره واضح وكيفية توريثه أن يعطى من له فرض بقدر ما فيه من الحرية من فرضه وإن كان عصبة نظر ماله مع الحرية الكاملة فأعطي بقدر ما فيه منها فاذا خلف أماً وبنتاً نصفهما حر وأبا حراً فللبنت بنصف حريتها نصف ميراثها وهو الربع وللام مع حريتها ورق البنت الثلث والسدس مع حرية البنت فقد حجبها بحريتها عن السدس فبنصف حريتها تحجبها عن نصفه يبقى لها الربع لو كانت حرة فلها بنصف حريتها نصفه وهو الثمن والباقي للاب وإن شئت نزلتهم أحوالا كتنزيل الخناثي فتقول إن كانتا حرتين فالمسئلة من ستة للبنت ثلاثة وللام السدس سهم والباقي للأب ، وإن كانا رقيقين فالمال للأب ، وإن كانت البنت وحدها حرة فلها النصف والمسئلة من اثنين وإن كانت الام وحدها حرة فلها الثلث وهي من ثلاثة وكلها تدخل في الستة فتضربها في الاربعة الأحوال تكن أربعة وعشرين للبنت ستة وهي الربع لأن لها النصف في حالين وللام الثمن وهو ثلاثة لان لها السدس في حال والثلث في حال والباقي للأب ويرجع بالاختصار إلى ثمانية .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن كان عصبتان نصف كل واحد منهما حر كالأخوين فهل تكمل الحرية فيهما ؟ يحتمل وجهين ، وإن كان أحدهما يحجب الآخر كابن وابن ابن فالصحيح أنها لا تكمل)

إذا كان عصبتان لا يحجب أحدهما الآخر كابنين نصفهما حر ففيه وجهان

(أحدهما) تكمل الحرية فيهما بان تضم الحرية من أحدهما الى ما في الآخر منهما فان كل منهما

(فصل) وان فعلت المريضة ما يفسخ نكاحها كرضاع امرأة صغيرة لزوجها أو رضاع زوجها الصغير او ارتدت أو نحو ذلك فماتت في مرضها ورثها الزوج ولم ترثه وبهذا قال ابو حنيفة ، وقال الشافعي رضي الله عنه : لايرثها

ولنا انها احد الزوجين فر من ميراث الآخر فأشبه الرجل، وان اعتقت فاختارت نفسها أو كان الزوج عنينا فأجل سنة ولم يصبها حتى مرضت في آخر الحول فاختارت فرقته وفرق بينهما لم يتوارثا في قولهم أجمعين ، ذكره ابن اللبان في كتابه ، وذكر القاضي في المعتقة إذا اختارت نفسها في مرضها لم يرثها ، وذلك لان فسخ النكاح في هذين الموضعين لدفع الضرر لا للفرار من الميراث ، وان قبلت ابن زوجها لشهوة خرج فيه وجهان

(أحدهما) ينفسخ نكاحها ويرثها إذا كانت مريضة وماتت في عدتها ، وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه (والثاني) لاينفسخ النكاح به وهو قول الشافعي رضي الله عنه ولو أن رجلا زوج ابنة أخيه وهي صغيرة ثم بلغت نفسخت النكاح في مرضها لم يرثها الزوج بغير خلاف نعلمه لان النكاح من أصله غير صحيح في صحيح المذهب وهو قول الشافعي رضي الله عنه ، وروي عن احمد مايدل على صحته

واحد ورثا جميعاً ميراث ابن حر لان لصفي شيء ، شيء كامل ، ثم يقسم ماورثاه بينهما على قدر ما في كل واحد منهما فاذا كان ثلثا أحدهما وثلث الآخر كان ما ورثاه بينهما أثلاثاً فان نقص مافيهما من الحرية عن حر كامل ورثا بقدر مافيهما وإن زاد على حر واحد وكان الحران فيهما سواء قسم مايرثانه بينهما بالسوية ، وإن اختلفا أعطي كل واحد منهما بقدر ما فيه قال الخبري قال الاكثرون هذا قياس قول علي رضي الله عنه

(والوجه الثاني)لاتكمل الحرية فيهما لانها لو كملت لم يظهر للرق أثر وكانا في ميراثهما كالحرين وان كان أحدهما يحجب الآخر فقيل فيهما وجهان والصحيح أن الحرية لا تكمل هنا لأن الشيء لا يكمل بما يسقطه ولا يجمع بينه وبين ما ينافيه وورثهم بعضهم بالخطاب وتنزيل الاحوال وحجب بعضهم لبعض على مثال تنزيل الخناثى وهو قول أبي يوسف وقد ذكرناه .

﴿ مسائل ذلك ﴾ (ابن نصفه حر له نصف المال فان كان معه ابن آخر نصفه حر فلهما المال في أحد الوجهين وفي الآخر لهما نصفه والباقي للعصبة أو لبيت المال ان لم يكن عصبة ويحتمل أن يكون لكل منهما ثلاثة أثمان المال لانهما لو كانا حرين لكان لكل واحد منهما النصف ولو كانا رقيقين لم يكن لهما شيء ولو كان الاكبر وحده حراً كان له المال ولا شيء للاصغر ، ولو كان الاصغر وحده حراً فكذلك ، فلكل واحد منهما في الاحوال الاربعة مال ونصف فله ربع ذلك وهو ثلاثة أثمان فان كان معهما ابن آخر ثلثه حر فعلى الوجه الاول يقسم المال بينهم على ثمانية كما تقسم مسألة المباهلة وعلى الثاني يقسم النصف بينهم علي ثمانية ، وفيه وجه آخر يقسم الثلث بينهم أثلاثاً ثم يقسم السدس بين

ولها الخيار وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه الا أن الفسخ لازالة الضرر لا من اجل الفرار فلم يرثها كما لو فسخت المعتقة نكاحها والله أعلم

(فصل) إذا طلق المريض امرأته ثم نكح أخرى ومات من مرضه في عدة المطلقة ورثتاه جميعا هذا قول أبي حنيفة وأهل العراق وأحد قولي الشافعي رضي الله عنه والقول الآخر لا ترث المبتوتة فيكون الميراث كله للثانية وقال مالك الميراث كله للمطلقة لان نكاح المريض عنده غير صحيح وجعل بعض أصحابنا فيها وجهاً أن الميراث كله المطلقة لأنها ترث منه ما كانت ترث قبل طلاقها وهو جميع الميراث فكذلك بعده وليس هذا بصحيح فإنها انما ترث ما كانت ترث لو لم يطلقها ولو لم يطلقها وتزوج عليها لم ترث الا نصف ميراث الزوجات فكذلك اذا طلقها فعلى هذا لو تزوج ثلاثا في مرضه فليس للمطلقة الاربع ميراث الزوجات ولكل واحدة من الزوجات ربعه وإن مات بعد انقضاء عدة المطلقة فالميراث للزوجات في إحدى الروايتين وهو قول الشافعي رضي الله عنه وأبي حنيفة وأصحابه والرواية الاخرى أن الميراث للاربع وعند مالك الميراث كله للمطلقة وان كان له أربع نسوة فطلق إحداهن ثلاثا في مرضه ثم نكح أخرى في عدة المطلقة أو طلق امرأة واحدة ونكح أختها في عدتها ومات في عدتها فالنكاح

صاحبي النصفين نصفين وعلى تنزيل الاحوال يحتمل أن يكون لكل واحد ممن نصفه حر سدس المال وثمنه، ولمن ثلثه حر ثلثا ذلك وهو تسع المال ونصف سدسه لان لكل واحد المال في حال ونصفه في حالين وثلثه في حال فيكون له مالان وثلث في ثمانية أحوال فيعطيه ثمن ذلك وهو سدس وثمن ويعطى من ثلثيه، وهو تسع المال ونصف سدسه ابن حر وابن نصفه حر المال بينهما على ثلاثة على الوجه الاول وعلى الثاني النصف بينهما نصفان والباقي للحر فيكون للحر ثلاثة أرباع وللآخر الربع ولو نزلتهما بالاحوال أفضى إلى هذا لان للحر المال في حال والنصف في حال فلهما نصفهما وهو ثلاثة أرباع وللآخر نصفه في حال فله نصف ذلك وهو الربع ولو خاطبتهما لقلت للحر: لك المال، لو كان أخوك رقيقاً ونصفه لو كان حراً فقد حجبك بحريته عن النصف فبنصفها يحجبك عن الربع يبقى لك ثلاثة أرباع، ويقال للآخر لك النصف لو كنت حراً فاذا كان نصفك حرا فلك نصفه وهو الربع ابن ثلثاه حر وابن ثلثه حر على الاول المال بينهما أثلاثا وعلى الثاني الثلث بينهما وللآخر ثلث فيكون له النصف وللآخر السدس وقيل الثلثان بينهما أثلاثاً فانا بالخطاب نقول لمن ثلثاه حر لو كنت وحدك حراً كان لك المال، ولو كنتما حرين كان لك النصف فقد حجبك بحريته عن النصف فبثلثها يحجبك عن السدس يبقى لك خمسة أسداس لو كنت حرا فلك بثلثي حرية خمسة أتساع، ويقال للاخر يحجبك أخوك بثلثي حرية عن ثلثي النصف وهو الثلث يبقى لك الثلثان فله بثلث حريته ثلث ذلك وهو التسعان ويبقى التسعان لعصبته ان كان أو ذي رحم وإلا لبيت المال ابن حر وبنت نصفها حر للابن خمسة أسداس المال وللبنت سدسه في الخطاب والتنزيل جميعاً ومن جمع الحرية أفضى قوله إلى أن له

باطل والميراث بين المطلقة وباقي الزوجات الا وائل وهذا قول أبي حنيفة ومالك، وقال الشافعي رضي الله عنه النكاح صحيح والميراث الجديدة مع باقي المنكوحات دون المطلقة ويجيء على قوله القديم وجهان (أحدهما) أن يكون الميراث بين المطلقة وباقي الزوجات كقول الجمهور ولا شيء للمنكوحة (والثاني) أن يكون بينهن على خمسة لكل واحدة منهن خمسة فان مات بعد انقضاء عدة المطلقة ففي ميراثها روايتان (إحداهما) لا ميراث لها فيكون الميراث لباقي الزوجات وهو قول أبي حنيفة وأهل العراق (والثانية) ترث معهن ولا شيء للمنكوحة وقال الشافعي رضي الله عنه الميراث للمنكوحات كلهن ولا شيء للمطلقة وإن تزوج الخامسة بعد انقضاء عدة المطلقة صح نكاحها وهل ترث المطلقة على روايتين (احداهما) لا ترث وهو ظاهر كلام احمد لانه قال يلزم من قال يصح النكاح في العدة ان يرث ثمان نسوة وان يرثه أختان فيكون مسلم يرثه ثمان نسوة أو اختان وتوريث المطلقات بعد العدة يلزم منه هذا أو حرمان الزوجات المنصوص على ميراثهن فيكون منكراً له غير قائل به فعلى هذا يكون الميراث للزوجات دون المطلقة والرواية الثانية ترث المطلقة فيخرج فيه وجهان (أحدهما) يكون الميراث بين الخمس (والثاني) يكون للمطلقة والمنكوحات الاوائل دون الجديدة لان المريض ممنوع من أن يحرمهن ميراثهن

أربعة أخماس المال ولها الخمس فان كانت البنت حر والابن نصفه حر وعصبة فللابن الثلث ولها ربع وسدس ومن جمع الحرية فيهما جعل المال بينهما نصفين، ابن وبنت نصفهما حر وعصبة فمن جمع الحرية فثلاثة أرباع المال بينهما على ثلاثة وقال بعض البصريين النصف بينهما على ثلاثة ومن ورث بالتنزيل والاحوال قال للابن المال في حال وثلثاه في حال فله ربع ذلك ربع وسدس وللبنت نصف ذلك ثمن ونصف سدس والباقي للعصبة ، وان شئت قلت ان قدرناهما حرين فهي من ثلاثة وان قدرنا البنت وحدها حرة فهي من اثنين وإن قدرنا الابن وحده حراً فالمال له وإن قدرناهما رقيقين فالمال للعصبة فتضرب الاثنين في ثلاثة تكن ستة ثم في أربعة أحوال تكن أربعة وعشرين فللابن المال في حال ستة وثلثاه في حال أربعة صار له عشرة وللبنت النصف في حال خمسة وللعصبة المال في حال ونصفه في حال تسعة فان لم تكن عصبة جعلت للبنت في حال حريتها المال كله بالفرض والرد فيكون لها مال وثلث فيجعل لها ربع ذلك وهو الثلث وإن كان معهما امرأة وأم حرتان كملت الحرية فيهما فحجبا الام إلى السدس والمرأة إلى الثمن لان كل واحد منهما لو انفرد لحجب نصف الحجب فاذا اجتمعا اجتمع الحجب ومن ورث بالاحوال والتنزيل قال للام السدس في ثلاثة أحوال والربع في حال فلها ربع ذلك وهو سدس وثلث ثمن وللمرأة الثمن في ثلاثة أحوال والربع في حال فلها ربع ذلك وهو الثمن وربع الثمن وللابن الباقي في حال وثلثاه في حال فله ربعه وللبنت ثلث الباقي في حال والنصف في حال فلها ربعه وإن لم يكن في المسألة عصبة فللبنت بالفرض والرد أحد وعشرون من اثنين وثلاثين مكان النصف وللام سبعة مكان سدس وتصح المسألة إذا لم يكن فيها رد بالبسط من مائتين

بالطلاق فكذلك يمنع من تنقيصهن منه وكلا الوجهين بعيد اما احدهما فيرده نص الكتاب على توريث الزوجات فلا يجوز مخالفته بغير نص ولا اجماع ولا قياس على صورة مخصوصة من النص في معناه وأما الآخر فلان الله تعالى لم يبح نكاح أكثر من أربع ولا الجمع بين الاختين فلا يجوز أن يجتمعن في في ميراثه بالزوجية وعلى هذا لو طلق أربعا في مرضه وانقضت عدتهن ونكح اربعا سواهن ثم مات من مرضه فعلى الاول ترثه المنكوحات دون المطلقات وعلى الثاني يكون فيه وجهان (أحدهما) أن الميراث كله للمطلقات وعلى الثاني هو بين الثمان وقال مالك الميراث للمطلقات ولا شيء للمنكوحات لان نكاحهن غير صحيح عنده. وان صح من مرضه فتزوج أربعا في صحته ثم مات فالميراث لهن في قول الجمهور ولا شيء للمطلقات في قول مالك ومن وافقه وكذلك ان تزوجت المطلقات لم يرثن شيئا الا في قوله وقول من وافقه ولو طلق أربعا بعد دخوله بهن ثلاثا في مرضه وقال قد اخبرنني بانقضاء عدتهن فكذبنه فله ان ينكح أربعا سواهن اذا كان ذلك في مدة يكن انقضاء العدة فيها ولا يقبل قوله عليهن في حرمان الميراث وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف واللؤلؤي اذا كان بعد أربعة أشهر، وقال زفر لا يجوز له التزويج أيضا والاول أصح لان هذا حكم فيما بينه وبين الله تعالى لاحق لهن فيه فتقبل قوله فيه فعلى هذا ان تزوج أربعا في عقد واحد ثم مات ورثه المطلقات دون المنكوحات الا أن يمتن قبله فيكون الميراث للمنكوحات، وان أقررن بانقضاء عدتهن وقلنا لا ميراث لهن بعد انقضاء العدة فالميراث للمنكوحات أيضا، وان مات

وثمانية وثمانين سهما للام منها ستون وللمرأة خمسة وأربعون وللابن خمسة وثلاثون وللبنت ثلاثة وخمسون والباقي للعصبة وقياس قول من جمع الحرية في الحجب أن يجمع الحرية في التوريث فيكون لهما ثلاثة أرباع الباقي وقال ابن اللبان لهما سبعة عشر من ثمانية وأربعين لانهما لو كانا حرين لكان لهما سبعة عشر من أربعة وعشرين فيكون لهما بنصف حريتهما نصف ذلك وهذا غلط لانه جعل حجب كل واحد منهما لصاحبه بنصف حريته كحجبه اياه بجميعها ولو صاح ذلك لكان لهما حال انفرادهما النصف بينهما من غير زيادة، ابن وأبوان نصف كل واحد منهما حر ان قدرناهم أحرارا فللابن الثلثان وإن قدرناه حرا وحده فله المال وإن قدرنا معه أحد الابوين حرا فله خمسة أسداس فيجمع ذلك تجده ثلاثة أموال وثلثا فله ثمنها وهو ربع وسدس وللاب المال في حال وثلثاه في حال وسدساه في حالين فله عن ذلك ربع وللام الثلث في حالين والسدس في حالين فلها الثمن والباقي للعصبة وان عملتها بالبسط قلت ان قدرناهم احرارا فهي من ستة وان قدرنا الابن وحده حرا فهي من سهم وكذلك الاب وان قدرنا الام وحدها حرة وقدرناها مع حرية الاب فهي من ثلاثة وان قدرنا الابن مع الاب او مع الام فهي من ستة وان قدرناهم رقيقا فالمال للعصبة وجميع المسائل تدخل في ستة فتضربها في الاحوال وهي ثمانية تكن ثمانية واربعين للابن المال في حال ستة وثلثاه في حال اربعة وخمسة اسداسه في حالين عشرة فذلك عشرون سهما من ثمانية واربعين وللاب المال في حال ستة وثلثاه في حال اربعة وسدساه في حالين

منهن ثلاث فالميراث للباقية ، وان مات منهن واحدة ومن المنكوحات واحدة أو اثنتان أو مات من المطلقات اثنتان ومن المنكوحات واحدة فالميراث لباقي المطلقات وان مات من المطلقات واحدة ومن المنكوحات ثلاثا أو من المطلقات اثنتان ومن المنكوحات اثنتان أو من المطلقات ثلاث ومن المنكوحات واحدة فالميراث بين البواقي من المطلقات والمنكوحات معا لانه لو استأنف العقد على الباقيات من الجميع جاز فكان صحيحا ، وان تزوج المنكوحات في أربع عقود فمات من المطلقات واحدة ورثت مكانها الاولى من المنكوحات ، وان مات اثنتان ورثت الاولى والثانية وان مات ثلاث ورثت الاولى والثانية والثالثة من المنكوحات مع من بقي من المطلقات وهذا على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف واللؤلؤي . وأما زفر فلا يرى صحة نكاح المنكوحات حتى يصدقه المطلقات . وأما الشافعي رضي الله عنه فيباح عنده التزويج في عدة المطلقات ، فعلى قوله اذا طلق أربعا ونكح أربعا في عقد و عقود ثم مات من مرضه فالميراث للمنكوحات وعلى قوله القديم يخرج فيه وجهان :

(أحدهما) أن الميراث بين الثمان (والثاني) أن الميراث للمطلقات دون المنكوحات فان ماتت بعض المطلقات أو انقضت عدتهن فللمنكوحات ميراث الميتات ، وان ماتت واحدة فللزوجات ربع ميراث النساء ، وان ماتت اثنتان فللزوجات نصف الميراث ، فان مات ثلاث فلهن ثلاثة أرباع الميراث اذا كان نكاحهن في عقد واحد ، وان كان في عقود متفرقة فاذا ماتت واحدة من المطلقات فميراثها الاولى من المنكوحات وميراث الثانية للثانية ، وميراث الثالثة للثالثة

وذلك اثنا عشر وللام الثلث في حالين والسدس في حالين وذلك ستة وهي الثمن وان كان ثلث كل واحد منهما حرا زدت على الست نصفها تصير تسعة وتضربها في الثمانية تكن اثنين وسبعين فللابن عشرون من اثنين وسبعين وهي السدس والتسع وللاب اثنا عشر وهي السدس وللام ستة وهي نصف السدس ولم تتغير سهامهم وانما صارت منسوبة الى اثنين وسبعين وان كان ربع كل واحد منهم حراً زدت على الستة مثلها وقيل فيما اذا كان نصف كل واحد منهم حراً للام الثمن وللاب الربع وللابن النصف ابن نصفه حر وام حرة للام الربع وللابن النصف وقيل له ثلاثة أثمان وهو نصف مايبقى فان كان بدل الام اختاً حرة فلها النصف وقيل لها نصف الباقي لان الابن يحجبها بنصفه عن نصف فرضها فان كان نصفها حراً فلها الثمن على هذا القول وعلى الاول لها الربع فان كان مع الابن اخت من أم أو أخ من أم فلكل واحد منهما نصف السدس وان كان معه عصبة حر فله الباقي كله

(فصل) ابن نصفه حر وابن ابن حر المال بينهما نصفين في قول الجميع الا الثورى قال لابن الابن الربع لانه محجوب بنصف الابن عن الربع فان كان نصف الثاني حراً فله الربع وان كان معهما ابن ابن ابن نصفه حر فله الثمن وقيل للاعلى النصف وللثاني النصف لان فيهما حرية ابن وهذا قول أبي بكر وقال سفيان لاشيء للثاني والثالث لان ما فيهما من الحرية محجوب بحرية الابن فان كان معهم اخ

(فصل) إذا قال الرجل لنسائه احداكن طالق يعني واحدة بعينها طلقت وحدها ويرجع الى تعيينه ويؤخذ بنفقتهن كلهن الى أن تعين ، وإن كان الطلاق بائنا منع منهن الى أن يعين فان قال أردت هذه طلقت وحدها وان قال لم أرد هؤلاء الثلاث طلقت الرابعة ، وان عاد فقال أخطأت انما أردت هذه طلقت الاخرى وان متن او احداهن قبل أن يبين رجع الى قوله فمن أقر بطلاقها حرمناه ميراثها وأحلفناه لورثة من لم يعينها وهذا قول الشافعي رضي الله عنه ، وان لم نعني بذلك واحدة بعينها أو مات قبل التعيين أخرجت بالقرعة ، وكذلك ان طلق واحدة من نسائه بعينها فأنسيها فمات أخرجت بالقرعة فمن تقع عليها القرعة فلا ميراث لها . روي ذلك عن علي رضي الله عنه وهو قول أبي ثور . وروى عطاء عن ابن عباس أن رجلا سأله فقال ان لي ثلاث نسوة واني طلقت احداهن فبتت طلاقها فقال ابن عباس رضي الله عنه إن كنت نويت واحدة منهن بعينها ثم أنسيتها فقد اشتركن في الطلاق ، وإن لم تكن نويت واحدة بعينها فطلق أيتهن شئت

وقال الشافعي رضي الله عنه وأهل العراق يرجع إلى تعيينه في المسائل كلها فان وطيء احداهن كان تعيينا لها بالنكاح في قول أهل العراق وبعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه ، وقال الشافعي لايكون تعيينا فان مات قبل أن يبين فالميراث بينهن كلهن في قول أهل العراق ، وقال مالك يطلقهن كلهن ولا ميراث لهن ، وقال الشافعي رضي الله عنه يوقف ميراثهن ، وإن كان الطلاق قبل الدخول دفع إلى

حر أوغيره من العصبات فله الباقي وان كان نصفه حراً فله نصف مابقي الا على الوجهين الآخرين ابن نصفه حر وابن ابن ثلثه حر واخ ثلاثة أرباعه حر للابن النصف وللثاني ثلث الباقي وهو السدس وللاخ ثلاثة ارباع الباقي وهو الربع وعلى القول الآخر للابن النصف ولابن الابن الثلث والباقي للاخ ثلاثة اخوة مفترقين نصف كل واحد حر للاخ من الام نصف السدس وللاخ من الابوين نصف الباقي وللاخ من الاب نصف الباقي وتصح من ثمانية واربعين للاخ من الام اربعة وللاخ من الابوين أثنان وعشرون وللاخ من الاب احد عشر وعلى القول الآخر للاخ من الام نصف سدس وللاخ من الابوين النصف وللاخ من الاب مابقي فان كان معهم بنت حرة فلها النصف ولا شيء للاخ من الام وللاخ من الابوين الربع وللاخ من الاب الثمن والباقي للعصبة وعلى القول الآخر الباقي للاخ من الابوين وحده فان كان نصف البنت حراً فلها الربع وللاخ من الام ربع السدس وللاخ من الابوين نصف الباقي وللاخ من الاب الباقي

(فصل) بنت نصفها حر لها الربع والباقي للعصبة فان لم يكن عصبة فلها النصف بالفرض والرد والباقي لذي الرحم فان لم يكن فلبيت المال فان كان معها ام حرة فلها الربع لان البنت الحرة تحجبها عن السدس فنصفها يحجبها عن نصفه وان كان معها امرأة فلها الثمن و نصف الثمن وان كان معها اخ من ام فله نصف السدس فان كان معها بنت ابن فلها الثلث لانها لو كانت كلها رقيقة لكان لبنت

كل واحدة نصف مهر ووقف الباقي في مهورهن ، وقال داود يبطل حكم طلاقهن لموضع الجهالة ولكل واحدة مهر كامل والميراث بينهن ، وإن متن قبله طلقت الآخرة في قول أهل العراق ، وقال الشافعي رضي الله عنه يرجع إلى تعيينه على ماذكرناه

ولنا قول علي رضي الله عنه ولا يعارضه قول ابن عباس لان ابن عباس يعترف لعلي بتقديم قوله فانه قال اذا ثبت لنا عن علي قول لم نعده إلى غيره ، وقال ماعلمي إلى علم علي إلا كالقرارة إلى المثعنجر ولانه إزالة ملك عن الآدمي فتستعمل فيه القرعة عند الاشتباه كالعتق وقد بينت ذلك في العتق بخبر عمران بن الحصين ولان الحقوق تساوت على وجه تعذر تعيين المستحق فيه من غير قرعة فينبغي أن تستعمل فيه القرعة ، كالقسمة في السفر بين النساء ، فأما قسم الميراث بين الجميع ففيه دفع الى احداهن مالا تستحقه وتنقيص بعضهن حقها يقينا والوقف إلى غير غاية تضييع لحقوقهن وحرمان الجميع منع الحق عن صاحبه يقينا ، ولو كان له امرأتان فطلق احداهما ثم ماتت احداهما ثم مات أقرع بينهما فمن وقعت عليها قرعة الطلاق لم يرثها إن كانت الميتة ولم ترثه ان كانت الاخرى ، وفي قول أهل العراق يرث الاولى ولا ترثه الاخرى وللشافعي قولان (أحدهما) يرجع الى تعيين الوارث ، فان قال طلق الميتة لم يرثها وورثته الحية وان قال طلق الحية حلف على ذلك وأخذ ميراث الميتة ولم تورث الحية (والقول الثاني) يوقف من مال الميتة ميراث الزوج ومن مال الزوج ميراث الحية . وان كان له امرأتان قد دخل باحداهما دون الاخرى وطلق إحداهما لا بعينها فمن خرجت لها القرعة فلها حكم الطلاق وللاخرى حكم الزوجية وقال أهل العراق للمدخول بها ثلاثة أرباع الميراث ان مات في عدتها وللاخرى ربعه لان للمدخول بها نصفه بيقين والنصف الآخر يتداعيانه فيكون بينهما ، وفي قول الشافعي النصف للمدخول بها والثاني موقوف وان كانتا مدخولا بهما فقال في مرضه أردت هذه ثم مات في عدتها لم يقبل قوله لان الاقرار بالطلاق في المرض كالطلاق فيه ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال زفر يقبل قوله والميراث للاخرى وهو قياس قول الشافعي ، ولو كان للمريض امرأة أخرى سوى هاتين فلها نصف الميراث وللاثنتين نصفه وفي قول الشافعي نصفه موقوف

(فصل) ولو كان له أربع نسوة فطلق احداهن غير معينة ثم نكح خامسة بعد انقضاء عدتها ثم مات ولم يبين فللخامسة ربع الميراث والمهر ويقرع بين الاربع ، وقال أهل العراق لهن ثلاثة أرباع الميراث بينهن

الا بن النصف ولو كانت حرة لكان لها السدس فقد حجبتها حريتها عن الثلث فنصفها يحجبها عن السدس وكل من ذكرنا اذا كان نصفه حراً فله نصف ماله في الحرية فان كان ثلثه حراً فله ثلثه فان كان معها بنت اخرى حرة فلهما ربع المال وثلثه بينهما على ثلاثة عند من جمع الحرية فيهما لان لهما بحرية نصفاً وبنصف حرية نصف كمال الثلثين وفي الخطاب والتنزيل للحرة ربع وسدس وللاخرى سدس لان نصف احداهما يحجب الاخرى الحرة عن نصف السدس فيبقى لها ربع وسدس والحرة تحجبها عن سدس كامل فيبقى لها سدس فان كان نصفها رقيقا ومعهما عصبة فلهما ربع المال وسدسه بينهما

وان كن غير مدخول بهن فلهن ثلاثة مهور ونصف ، وفي قول الشافعي يوقف ثلاثة أرباع الميراث ومهر ونصف بين الاربع،فان جاءت واحدة تطالب ميراثها لم تعط شيئا ، وان طلبه اثنتان دفع اليهما ربع الميراث ، وان طلبه ثلاث دفع اليهن نصفه، وان طلبه الاربع دفع اليهن،ولو قال بعد نكاح الخامسة احداكن طالق فعلى قولهم للخامسة ربع الميراث لانها شريكة ثلاث وباقيه بين الأربع كالاولى والخامسة سبعة أثمان مهر لان الطلاق ننصفها وثلاثا معها نصف مهر ويبقى الأربع ثلاثة وثمن بينهن في قول أهل العراق،فان تزوج بعد ذلك سادسة فلها ربع الميراث ومهر كامل والخامسة ربع ما بقي وسبعة أثمان مهر والأربع ما بقي وثلاثة مهور وثمن ويكون الربع مقسوما على أربعة وستين ، فان قال بعد ذلك إحداكن طالق لم يختلف الميراث ولكن تختلف المهور فالسادسة سبعة أثمان مهر والخامسة خمسة وعشرون جزءاً من اثنين وثلاثين من مهر ويبقى الأربع مهران وسبعة وعشرون جزءاً من مهر وعند الشافعي يوقف ربع الميراث بين الست وربع آخر بين الخمس وباقيه بين الأربع ويوقف نصف مهر بين الست ونصف بين الخمس ونصف بين الاربع ويدفع الى كل واحدة نصف[1]

(١) في نسخة نصيب

﴿ باب الاشتراك في الطهر ﴾

إذا وطىء رجلان امرأة في طهر واحد وطأ يلحق النسب من مثله فأتت بولد يمكن أن يكون منهما مثل أن يطأ الشريكان جاريتهما المشتركة أو يطأ الانسان جاريته ثم يبيعها قبل أن يستبرئها فيطؤها المشتري قبل استبرائها أو يطؤها رجلان بشبهة أو يطلق رجل امرأته فيتزوجها غيره في عدتها ويطؤها أو يطأ انسان جارية آخر أو امرأته بشبهة في الطهر الذي وطئها فيه سيدها أو زوجها ثم تأتي بولد يمكن أن يكون منهما فانه يرى القافة معهما وهذا قول عطاء ومالك والليث والأوزاعي والشافعي وأبي ثور فان ألحقته بأحدهما لحق به وان نفته عن أحدهما لحق الآخر وسواء ادعياه أو لم يدعياه أو ادعاه أحدهما وأنكره الآخر، وان ألحقته القافة بهما لحقهما وكان ابنهما وهذا قول الاوزاعي والثوري وأبي ثور ورواه بعض أصحاب مالك عنه وقال مالك لا يرى ولد الحرة القافة بل يكون لصاحب الفراش الصحيح دون الواطىء بشبهة وقال الشافعي لا يلحق بأكثر من واحد فان ألحقته القافة بأكثر من واحد كان بمنزلة أن لا يوجد قافة ومتى

لانها لو كانتا حرتين لكان لهما الثلثان ولو كانت الكبرى وحدها حرة كان لها النصف وكذلك الصغرى ولو كانتا امتين كان المال للعصبة فقد كان لهما مال وثلثان فلهما ربع ذلك وهو ربع وسدس . وطريقها بالبسط ان تقول لو كانتا حرتين فالمسئلة من ثلاثة ولو كانت الكبرى وحدها حرة فهي من اثنين وكذلك اذا كانت الصغرى وحدها حرة وان كانتا امتين فهي من سهم فتضرب اثنين في ثلاثة تكن ستة ثم في الاحوال الاربعة تكن اربعة وعشرين للكبرى نصف المال في حال ثلاثة وثلثه في حال بسهمان صار لها خمسة من اربعة وعشرين والاخرى مثل ذلك وللعصبة

لم يوجد قافة أو أشكل عليها أو اختلف القائفان في نسبه فقال أبو بكر يضيع نسبه ولا حكم لاختياره ويبقى على الجهالة أبداً وهو قول مالك وقال ابن حامد يترك حتى يبلغ فينتسب الى أحدهما وهو قول الشافعي الجديد وقال في القديم يترك حتى يميز وذلك لسبع أو ثمان فينتسب إلى أحدهما ونفقته عليهما الى أن ينتسب الى أحدهما فيرجع الآخر عليه بما أنفق، وإذا ادعى اللقيط اثنان أري القافة معهما، وإن مات الولد المدعى في هذه المواضع قبل أن يرى القافة وله ولد أري ولده القافة مع المدعيين، ولو مات الرجلان أري القافة مع عصبتهما، وإن ادعاه أكثر من اثنين فألحقته القافة بهم لحق وقد نص أحمد على أنه يلحق بثلاثة ومقتضى هذا أنه يلحق بهم وإن كثروا، وقال القاضي لا يلحق بأكثر من ثلاثة وهو قول محمد بن الحسن وروي عن أبي يوسف وقال ابن حامد لا يلحق بأكثر من اثنين. وروي أيضا عن أبي يوسف، وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه وشريك ويحيى بن آدم لا حكم للقافة بل اذا سبق أحدهما بالدعوى فهو ابنه فان ادعياه معا فهو ابنهما، وكذلك إن كثر الواطئون وادعوه معا فانه يكون لهم جميعا

وروي عن علي رضي الله عنه أنه قضى في ذلك بالقرعة واليمين، وبه قال ابن أبي ليلى واسحاق وعن أحمد نحوه اذا عدمت القافة وقد ذكرنا أكثر هذه المسائل مشروحة مدلولا عليها في مواضعها والغرض ههنا ذكر ميراث المدعي والتوريث منه وبيان مسائله

(مسئلة) اذا ألحق باثنين فمات وترك أمه حرة فلها الثلث والباقي لهما، فان كان لكل واحد منهما ابن سواه أو لأحدهما ابنان فلامه السدس، فان مات أحد الابوين وله ابن آخر فما له بينهما نصفين، فان مات الغلام بعد ذلك فلامه السدس والباقي للباقي من أبويه ولا شيء لاخوته لانهما محجوبان بالاب الباقي، فان كان الغلام ترك ابنا فللباقي من الابوين السدس والباقي لابنه، وإن مات قبل أبويه وترك ابنا فلهما جميعا السدس والباقي لابنه، فان كان لكل واحد منهما أبوان ثم ماتا ثم مات الغلام وله جدة أم أم وابن غلام أمه نصف السدس ولامي المدعيين نصفه كأنهما جدة واحدة وللجدين السدس والباقي للابن فان لم يكن ابن فللجدين الثلث لانهما بمنزلة جد واحد والباقي للاخوين وعند أبي حنيفة الباقي كله للجدين لان الجد يسقط الاخوة، وإن كان المدعيان اخوين والمدعى جارية فماتا وخلفا أباهما فلها من مال كل واحد نصفه والباقي للاب فان مات الاب بعد ذلك فلها النصف لانها بنت ابن.

المال في حال والنصف في حالين والثلث في حال وذلك اربعة عشر سهما من اربعة وعشرين سهما ومن جمع الحرية فيهما جعل لهما النصف والباقي للعصبة فاذا لم تكن عصبة نزلتهما على تقدير الرد فيكون حكمهما حكم اثنين نصف كل واحد منهما حر على ما بيناه. ثلاث بنات ابن متنازلات نصف كل واحدة حر وعصبة للاولى الربع وللثانية السدس لانها لو كانت حرة كان لها الثلث وللثالثة نصف السدس في قول البصريين لانك تقول للسفلى لو كانتا أمتين كان لك النصف ولو كانت احداهما حرة كان لك

وحكي الخبري عن أحمد وزفر وابن أبي زائدة أن لها الثلثين لانها بنت ابنته فلها ميراث بنتي ابن وإن كان المدعي ابنا فمات أبواه ولأحدهما بنت ثم مات أبوهما فميراثه بين الغلام والبنت على ثلاثة وعلى القول الآخر على خمسة لان الغلام يضرب بنصيب ابني ابن ، وإن كان لكل واحد منهما بنت فللغلام من مال كل واحد منهما ثلثاه وله من مال جده نصفه ، وعلى القول الآخر له ثلثاه ولهما سدساه وإن كان المدعيان رجلا وعمة والمدعى جارية فماتا وخلفا أبويهما ثم مات أبو الاصغر فلها النصف والباقي لابي العم لانه أبوه ، واذا مات أبو العم فلها النصف من ماله أيضا وعلى القول الآخر لها الثلثان لانها بنت ابن وبنت ابن ابن ، وإن كان المدعى رجلا وابنه فمات الابن فلها نصف ماله ، واذا مات الاب فلها النصف أيضا وعلى القول الآخر لها الثلثان ، وقال ابو حنيفة اذا تداعى الاب وابنه قدم الاب ولم يكن للابن شيء ، وإن مات الاب أولا فما بين ابنه وبينها على ثلاثة ثم تأخذ نصف مال الاصغر لكونها بنته وباقيه لانها أخته، وفي كل ذلك اذا لم يثبت نسب المدعى وقف نصيبه ودفع إلى كل وارث اليقين ووقف الباقي حتى يثبت نسبه أو يصطلحوا . فلو كان المدعون ثلاثة فمات أحدهم وترك ابنا وألفا ثم مات الثاني وترك ابنا وألفين ثم مات الثالث وترك بنا وعشرين ألفا وترك اربعة آلاف وأما حرة وقد ألحقته القافة بهم فقد ترك خمسة عشر ألفا وخمسمائة فلامه سدسها والباقي بين اخوته الثلاثة أثلاثا ، وإن كان موتهم قبل ثبوت نسبه دفع إلى الام ثلث تركته وهو ألف وخمسمائة لان أدنى الاحوال أن يكون ابن صاحب الالف فيرث منه خمسمائة ، وقد كان وقف له من مال كل واحد من المدعين نصف ماله فيرد إلى ابن صاحب الالف وابن صاحب الالفين ما وقف من مال أبويهما لانه لم يكن أخالهما فذلك لهما من أبويهما ، وان كان أخا أحدهما فهو يستحق ذلك وأكثر منه بإرثه منه ويرد على ابن الثالث تسعة آلاف وثلث الف ويبقى ثلثا الف موقوفة بينه وبين الام لانه يحتمل أن يكون أخاه فيكون قد مات عن أربعة عشر الفا للام ثلثها ويبقى من مال الابن الفان وخمسمائة موقوفة يدعيها ابن صاحب الالف كلها ويدعي منها ابن صاحب الالفين الفين وثلثا فيكون ذلك موقوفا بينهما وبين الام وسدس الالف بين الام وابن صاحب الالف ، فان ادعى اخوان ابنا ولهما أب فمات أحدهما وخلف بنتا ثم مات الآخر قبل ثبوت نسب المدعى وقف من مال الاول خمسة أتساعه منها تسعان بين الغلام والبنت وثلاثة أتساع بينه وبين الاب ويوقف من مال الثاني

السدس فنصفها ثلث فتحجبك العليا عن ربع والثانية عن نصف سدس فيبقى لك سدس لو كنت حرة فاذا كان نصفك حرا كان لك نصفه، وفي التنزيل للثالثة نصف الثمن وثلثه وذلك لا تتالون لنا كل واحدة حرة وحدها كان لها النصف، فهذه ثلاثة أحوال من اثنين اثنين ، ولو كن اماء كان المال للعصبة ولو كن أحرارا كان للاولى النصف وللثانية السدس والثلث للعصبة، ولو كانت الاولى والثانية حرتين فكذلك ولو كانت الثانية والثالثة حرتين فللثانية النصف وللثالثة السدس والثلث للعصبة فهذه أربعة أحوال من ستة ستة، والمسائل كلها تدخل فيها فتضربها في ثمانية أحوال تكن ثمانية وأربعين للعليا النصف في أربعة

خمسة أسداس بينه وبين الاب، فان مات الاب بعدهما وخلف بنتا فلها نصف ماله ونصف ماورثه عن ابنته والباقي بين الغلام وبنت الابن لانه ابن ابنه بيقين ويدفع إلى كل واحد منهم من الموقوف اليقين ويوقف الباقي فتقدره مرة ابن صاحب البنت ومرة ابن الآخر وتنظر ماله من كل واحدمنهم في الحالين فتعطيه أقلها، فللغلام في حال الموقوف من مال الثاني وخمس الموقوف من مال الاول وفي حال كل الموقوف من مال الاول وثلث الموقوف من الثاني فله أقلهما ولبنت الميت الاول في حال النصف من مال أبيها، وفي حال السدس من مال عمها، ولبنت الاب في حال نصف الموقوف من مال الثاني وفي حال ثلاثة أعشاره من مال الاول فتدفع اليها أقلهما ويبقى باقي التركة موقوفا بينهم حتى يصطلحوا عليه، ومن الناس من يقسمه بينهم على حسب الدعاوى، ومتى اختلف أجناس التركة ولم يصر بعضهم قصاصا عن بعض قومت وعمل في قيمتها على ما بينا في الدراهم ان تراضوا على ذلك أو يبيع الحاكم عليهم ليصير الحق كله من جنس واحد لما فيه من الصلاح لهم ويوقف الفضل المشكوك فيه بينهم على الصلح، ولو ادعى اثنان غلاما فألحقته القافة بهما ثم مات أحدهما وترك ابنا وبنتا وعما ثم مات الآخر وترك الفين وابن ابن ثم مات الغلام وترك ثلاثة آلاف وأما كان البنت من تركة ابيها ثلثها والغلام ثلثاها وتركة الثاني كلها له لأنه ابنه فهو أحق من ابن الابن ثم مات الغلام عن خمسة آلاف وثلثي الف فلامه ثلث ذلك ولاخته نصفه وباقيه لابن الابن لانه ابن اخيه ولا شيء للعم وان لم يثبت نسبه فلابنة الاول ثلث الالف ويوقف ثلثاها وجميع تركة الثاني فاذا مات الغلام فلامه من تركته الف وتسعا الف لان أقل أحواله أن يكون ابن الاول فيكون قد مات عن ثلاثة آلاف وثلثي الف ويرد الموقوف من مال أبي البنت على البنت والعم فيصطلحان عليه لانه لهما اما عن صاحبهما او الغلام ويرد الموقوف من مال الثاني الى ابن ابنه لانه له أما عن جده واما عن عمه وتعطى الام من تركة الغلام الفا وتسعي الف لانه أقل مالها ويبقى الف وسبعة اتساع الف تدعي الام منها أربعة اتساع الف تمام ثلث خمسة آلاف ويدعى منها ابن الابن الفا وثلثا تمام ثلثي خمسة آلاف وتدعي البنت والعم جميع الباقي فيكون ذلك موقوفا بينهم حتى يصطلحوا، ولو كان المولود في يدي امرأتين فادعياه معا وأري القافة معهما

أحوال اثنا عشر وهي الربع وللثانية النصف في حالين والسدس في حالين وهي ثمانية وذلك هو السدس وللثالثة النصف في حال والسدس في حالين وهي خمسة وهي نصف الثمن وثلثه، وقال قوم تجمع الحرية فيهن فيكون منهن حرية ونصف لمن بها ثلث وربع للاولى والثانية ربعان وللثالثة نصف سدس فان كان معهن رابعة كان لها نصف سدس آخر . ثلاث أخوات مفترقات نصف كل واحدة حر وأم حرة وعم فالتي من قبل الابوين الربع والتي من قبل الاب السدس والتي من قبل الام نصف السدس وللام الثلث لأنها لا تحجب الا باثنين من الاخوة والاخوات ولم تكمل الحرية اثنتين وللعم ما بقي، وهكذا لو كانت أخت حرة وأخرى نصفها حر وأم حرة فللام الثلث لما ذكرناه وقال الخبري للام

فان ألحقته باحداهما لحق بها وورثها وورثته في إحدى الروايات، وان ألحقته بهما او نفته عنهما لم يلحق بواحدة منهما ، وان قامت لكل واحدة منهما بينة تعارضتا ولم تسمع بينتهما وبهذا قال ابو يوسف والثوري وقال ابو حنيفة يثبت نسبه منهما ويرثانه ميراث أم واحدة كما يلحق برجلين

ولنا أن إحدى البنتين كاذبة يقينا فلم تسمع كما لو علمت ومن ضرورة ردها ردهما لعدم العلم بعينها ولان هذا محال فلم يثبت ببينة ولا غيرها كما لو كان الولد أكبر منهما، ولو أن امرأة معها صبي ادعاه رجلان كل واحد يزعم أنه ابنه منها وهي زوجته فكذبتهما لم يلحقهما ، وان صدقت أحدهما لحقه كما لو كان بالغا فادعياه فصدق أحدهما ، ولو أن صبيا مع امرأة فقال زوجها هو ابني من غيرك فقالت بل هو ابني منك لحقهما جميعا

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الولاء

قال الله تعالى (فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم في الدين ومواليكم) يعني الادعياء ، وقال النبي ﷺ « الولاء لمن أعتق » وقال سعيد ثنا سفيان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال نهى رسول الله ﷺ عن بيع الولاء وعن هبته . متفق عليهما ، وقال النبي ﷺ « لعن الله من تولى غير مواليه » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وقال « مولى القوم منهم » حديث صحيح . وروى الخلال

الربع وحجبها بالحر كما يحجب بنصف البنت ،والفرق بينهما أن الحجب بالولد غير مقدر بل هو مطلق في الولد والجزء منه وفي الاخوة مقدر باثنين فلا يثبت بأقل منهما ولذلك لم يحجب بالواحد عن شيء أصلا وهذا قول ابن اللبان وحكى القول الاول عن الشعبي وقال هذا غلط، وفي الباب اختلاف كثير وفروع قلما تتفق وقل مسئلة تجيء إلا ويمكن عملها بقياس ما ذكرنا

(باب الولاء)

الاصل فيه قوله تعالى (فان لم تعلموا آباءهم فاخوانهم في الدين ومواليكم) يعني الادعياء وقول النبي ﷺ « انما الولاء لمن أعتق » متفق عليه وعن ابن عمر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الولاء وهبته وقال عليه السلام « لعن الله من تولى غير مواليه » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وقال صلى الله عليه وسلم « مولى القوم منهم » حديث صحيح ، وروى الخلال باسناده عن ابن أبي أوفى قال قال لي النبي صلى الله عليه وسلم « الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب

(مسئلة) (كل من أعتق عبداً أو عتق عليه برحم أو كتابة أو تدبير أو استيلاد أو وصية

باسناده عن اسماعيل بن خالد عن عبد الله بن أبي أوفى قال: قال لي النبي ﷺ « الولاء لحمة كلحمة النسب لايباع ولا يوهب »

﴿ مسئلة ﴾ قال (والولاء لمن اعتق وإن اختلف ديناهما)

أجمع أهل العلم على أن من أعتق عبداً أو عتق عليه ولم يعتقه سائبة أن له عليه الولاء ، والاصل في هذا قول النبي ﷺ « الولاء لمن أعتق » وأجمعوا أيضا على أن السيد يرث عتيقه اذا مات جميع ماله اذا اتفق ديناهما ولم يخلف وارثا سواه وذلك لقول النبي ﷺ « الولاء لحمة كلحمة النسب » والنسب يورث به ولا يورث كذلك الولاء

وروى سعيد عن عبد الرحمن بن زياد ثنا شعبة عن الحكم عن عبد الله بن شداد قال : كانت لبنت حمزة مولى أعتقه فمات وترك ابنته ومولاته فأعطى النبي ﷺ ابنته النصف وأعطى مولاته بنت حمزة النصف . قال وثنا خالد بن عبد الله عن يونس عن الحسن قال : قال رسول الله ﷺ « الميراث للعصبة فان لم يكن عصبة فللمولى » وعنه أن رجلا أعتق عبداً فقال النبي ﷺ ماترى في ماله ؟ قال « إن مات ولم يدع وارثا فهو لك »

(فصل) ويتقدم المولى في الميراث على الرد وذوي الارحام في قول جمهور العلماء من الصحابة

يعتقه فله عليه الولاء وعلى أولاده من زوجة معتقه أو من أمة وعلى معتقيه ومعتقي أولاده وأولادهم ومعتقهم أبدا ما تناسلوا)

أجمع أهل العلم على أن من أعتق عبداً أو عتق عليه ولم يعتقه سائبة ولا من زكاته أو نذره أو كفارته أن له عليه الولاء لقول النبي ﷺ « الولاء لمن أعتق » متفق عليه

(فصل) وان أعتق حربي حربياً فله عليه الولاء لان الولاء مشبه بالنسب والنسب ثابت بين أهل الحرب فكذلك الولاء وهذا قول عامة أهل العلم الا أهل العراق فانهم قالوا : العتق في دار الحرب والكتابة والتدبير لا يصح

ولنا أن ملكهم ثابت بدليل قول الله تعالى (وأورثكم أرضهم وديارهم وأموالهم) فنسبها اليهم فصح عتقهم كأهل الاسلام واذا صح عتقهم ثبت الولاء لهم لقول النبي صلى الله عليه وسلم « الولاء لمن أعتق » فان جاءنا المعتق مسلماً فالولاء بحاله وان سبي مولى النعمة لم يرث ما دام عبداً فان اعتق فعليه الولاء لمعتقه وله الولاء على عتيقه، وهل يثبت لمعتق السيد ولاء على معتقه ؟ يحتمل أن يثبت لانه مولى مولاه ويحتمل أن لا يثبت لانه ما حصل منه انعام عليه ولا سبب لذلك ، فان كان الذي اشتراه مولاه فأعتقه فكل واحد منهما مولى صاحبه يرثه بالولاء ، وان أسره مولاه فأعتقه فكذلك فان أسره مولاه وأجنبي فأعتقاه فولاؤه بينهما نصفين فاذا مات بعده المعتق الاول فلشريكه نصف ماله لانه مولى نصف مولاه على أحد الاحتمالين والآخر لا شيء له لانه لم ينعم عليه ، وان سبي المعتق فاشتراه رجل فأعتقه بطل

والتابعين ومن بعدهم فاذا مات رجل وخلف بنته ومولاه فلبنته النصف والباقي لمولاه ، وإن خلف ذا رحم ومولاه فالمال لمولاه دون ذي رحمه . وعن عمر وعلي يقدم الرد على المولى ومنها وعن ابن مسعود تقديم ذي الارحام على المولى ولعلهم يحتجون بقول الله تعالى (وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) ولنا حديث عبد الله بن شداد وحديث الحسن ولانه عصبة يعقل عن مولاه فيقدم على الرد وذوي الرحم كابن العم

(فصل) وإن كان للمعتق عصبة من نسبه أو ذوو فرض تستغرق فروضهم المال فلاشيء للمولى لانعلم في هذا خلافا لما تقدم من الحديث ولقول النبي ﷺ «الحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر » وفي لفظ « فلأولى عصبة ذكر » والعصبة من القرابة أولى من ذي الولاء لانه مشبه بالقرابة والمشبه به أقوى من المشبه ولان النسب أقوى من الولاء بدليل أنه يتعلق به التحريم والنفقة وسقوط القصاص ورد الشهادة ولا يتعلق ذلك بالولاء

(فصل) وإن اختلف دين السيد وعتيقه فالولاء ثابت لانعلم فيه خلافا لعموم قول النبي ﷺ « الولاء لمن أعتق » ولقوله « الولاء لحمة كلحمة النسب » ولحمة النسب تثبت مع اختلاف الدين وكذلك الولاء » ولان الولاء انما يثبت له عليه لانعامه باعتاقه وهذا المعنى ثابت مع اختلاف دينهما، ويثبت الولاء للذكر على الانثى والانثى على الذكر ولكل معتق لعموم الخبر والمعنى ، ولحديث عبد الله بن شداد، وهل يرث السيد مولاه مع اختلاف الدين؟ فيه روايتان

ولاء الاول وصار الولاء للثاني وهو قول مالك والشافعي وقيل الولاء بينهما واختاره ابن المنذر لانه ليس أحدهما أولى من الآخر وقيل الولاء للاول لانه أسبق

ولنا أن السبي يبطل ملك الحربي الاول فالولاء التابع له أولى ولان الولاء بطل باسترقاقه فلم يعد باعتاقه وان أعتق ذمي عبداً كافراً فهرب الى دار الحرب فاسترق فالحكم فيه كالحكم فيما اذا أعتقه الحربي سواء. وان أعتق مسلم كافراً فهرب الى دار الحرب ثم سباه المسلمون فذكر أبو بكر والقاضي أنه لا يجوز استرقاقه وهو قول الشافعي لان في استرقاقه ابطال ولاء المسلم المعصوم قال ابن اللبان ولان له أمانا بعتق المسلم إياه .

قال شيخنا والصحيح إن شاء الله جواز استرقاقه لانه كافر أصلي كتابي فجاز استرقاقه كمعتق الحربي وكغير المعتق، وقولهم في استرقاقه ابطال ولاء المسلم قلنا لا نسلم بل متى اعتق عاد الولاء للاول وانما امتنع عمله في حال رقه لمانع وان سلمنا أن فيه ابطال ولائه ولكن ذلك غير ممتنع كما لو قتل بكفره فانه يبطل ولاؤه به فكذلك بالاسترقاق ولان القرابة يبطل عملها بالاسترقاق فكذلك وقول ابن اللبان له أمان لا يصح فانه لو كان له أمان لم يجز قتله ولا سبيه، فعلى هذا ان استرق احتمل أن يكون الولاء للثاني لان الملكين اذا تنافيا كان الثابت هو الآخر منهما كالناسخ والمنسوخ واحتمل أن

(احداهما) يرثه روي ذلك عن علي وعمر بن عبد العزيز ، وبه قال أهل الظاهر واحتج أحمد بقول علي : الولاء شعبة من الرق ، وقال مالك يرث المسلم مولاه النصراني لانه يصلح له تملكه ولا يرث النصراني مولاه المسلم لانه لا يصلح له تملكه . وجمهور العلماء على أنه لا يرثه مع اختلاف دينهما لقول النبي ﷺ « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » ولانه ميراث فيمنعه اختلاف الدين كميراث النسب . ولان اختلاف الدين مانع من الميراث فمنع الميراث بالولاء كالقتل والرق ، يحققه أن الميراث بالنسب أقوى فاذا منع الاقوى فالاضعف أولى ، ولان النبي ﷺ ألحق الولاء بالنسب بقوله « الولاء لحمة كلحمة النسب » وكما يمنع اختلاف الدين التوارث مع صحة النسب وثبوته كذلك يمنعه مع صحة الولاء وثبوته فاذا اجتمعا على الاسلام توارثا كالمتناسبين وهذا أصح في الاثر والنظر ان شاء الله تعالى فان كان للسيد عصبة على دين العبد ورثه دون سيده وقال داود لا يرث عصبته مع حياته

ولنا أنه بمنزلة ما لو كان الاقرب من العصبة مخالفا لدين الميت والابعد على دينه ورث دون القريب

(فصل) وإن أعتق حربي حربيا فله عليه الولاء لان الولاء مشبه بالنسب والنسب ثابت بين اهل الحرب فكذلك الولاء . وهذا قول عامة أهل العلم إلا أهل العراق فانهم قالوا العتق في دار الحرب والكتابة والتدبير لا يصح ولو استولد أمته لم تصر أم ولد مسلما كان السيد أو ذميا أو حربيا

يكون للاول لان ولاءه ثبت وهو معصوم فلا يزول بالاستيلاء كحقيقة الملك ويحتمل أنه بينهما وأيهما مات كان للثاني وان أعتق مسلم مسلماً أو أعتقه ذمي فارتد ولحق بدار الحرب فسبي لم يجز استرقاقه وان اشتري فالشراء باطل ولا يقبل منه الا التوبة أو القتل

﴿مسألة﴾ (أو عتق عليه برحم)

يعني اذا ملكه فعتق عليه بالملك كان له ولاؤه لانه يعتق من ماله بسبب فعله فكان ولاؤه له كما لو باشر عتقه وسواء ملكه بشراء أو هبة أو ارث أو غنيمة أو غيره لا نعلم بين أهل العلم فيه اختلافاً (أو كتابة أو تدبير) يعني إذا كاتبه فأدى الى مكاتبه وعتق أو عتق بالتدبير فولاؤه لسيده في قول عامة الفقهاء وبه يقول الشافعي وأهل العراق .

وحكى ابن سراقه عن عمرو بن دينار وأبي ثور أنه لا ولاء على المكاتب لانه اشترى نفسه من سيده فلم يكن له عليه ولاء كما لو اشتراه أجنبي فأعتقه ، وكان قتادة يقول من لم يشترط ولاء المكاتب فللمكاتب أن يوالي من يشاء ، وقال مكحول أما المكاتب إذا اشترط ولاءه مع رقبته فجائز

ولنا أن السيد هو المعتق للمكاتب لانه يبيعه ماله وماله وكسبه لسيده فجعل ذلك له ثم باعه به حتى عتق فكان هو المعتق وهو المعتق للمدبر أيضاً بلا اشكال وقد قال النبي ﷺ « الولاء لمن أعتق » ويدل على ذلك أن المكاتبين يدعون موالي مكاتبيهم فيقال أبو سعيد مولى أبي أسيد وسيرين مولى أنس

ولنا أن ملكهم ثابت بدليل قول الله تعالى (وأورثكم أرضهم وديارهم وأموالهم) فنسبها اليهم فصح عتقهم كأهل الاسلام وإذا صح عتقهم ثبت الولاء لهم لقول النبي ﷺ « الولاء لمن أعتق » فان جاءنا المعتق مسلما فالولاء بحاله ، فان سبي مولى النعمة لم يرث ما دام عبداً ، فان أعتق فعليه الولاء لمعتقه وله الولاء على معتقه . وهل يثبت لمعتق السيد ولاء على معتقه ؟ يحتمل أن يثبت لانه مولى مولاه . ويحتمل أن لا يثبت لانه ماحصل منه إنعام عليه ولا سبب لذلك ، فان كان الذي اشتراه مولاه فأعتقه فكل واحد منهما مولى صاحبه يرثه بالولاء ، وان أسره مولاه فأعتقه فكذلك ، وان أسره مولاه وأجنبي فأعتقاه فولاؤه بينهما نصفين ، فان مات بعده المعتق الاول فلشريكه نصف ماله لانه مولى نصف مولاه على أحد الاحتمالين والآخر لا شيء له لانه لم ينعم عليه ، وان سبي المعتق فاشتراه رجل فأعتقه بطل ولاء الاول وصار الولاء للثاني وبهذا قال مالك والشافعي . وقيل الولاء بينهما واختاره ابن المنذر لانه ليس أحدهما أولى من الآخر ، وقيل الولاء للاول لانه أسبق

ولنا أن السبي يبطل ملك الاول الحربي فالولاء التابع له أولى ولان الولاء يطل باسترقاقه فلم يعد باعتاقه ، وان أعتق ذمي عبداً كافراً فهرب إلى دار الحرب فاسترق فالحكم فيه كالحكم فيما إذا أعتقه الحربي سواء ، وإن أعتق مسلم كافراً فهرب إلى دار الحرب ثم سباه المسلمون فذكر أبو بكر والقاضي انه لا يجوز استرقاقه وهو قول الشافعي لان في استرقاقه إبطال ولاء المسلم المعصوم . قال

وسليمان بن يسار مولى ميمونة وكانوا مكاتبين، ويدل على ذلك حديث بريرة أنها جاءت الى عائشة فقالت يا أم المؤمنين اني كاتبت أهلي على تسع أواق فأعينيني فقالت عائشة ان شاءوا اعددت لهم عدة واحدة ويكون ولاؤك لي فعلت، فأبوا أن يبيعوها الا أن يكون الولاء لهم فقال النبي ﷺ « اشتريها واشترطي لهم الولاء » وهذا يدل على أن الولاء كان لهم لو لم تشترها منهم عائشة .

(فصل) وإن اشترى العبد نفسه من سيده بعوض حال عتق والولاء لسيده لانه يبيع ماله بماله فهو مثل المكاتب سواء والسيد هو المعتق لهما فكان الولاء له عليهما .

﴿ مسألة ﴾ (أو استيلاد أو وصية بعتقه)

يعني إذا عتقت أم الولد بموت سيدها فولاؤها له يرثها أقرب عصبته وهذا قول عمر وعثمان رضي الله عنهما وبه قال عامة الفقهاء . وقال ابن مسعود تعتق من نصيب ابنها فيكون ولاؤها له ، ونحوه عن ابن عباس وعن علي لا تعتق ما لم يعتقها وله بيعها ، وبه قال جابر بن زيد وأهل الظاهر ، وعن ابن عباس نحوه ولذكر الدليل على ذلك موضع يذكر إن شاء الله تعالى في بابه ، ولا خلاف بين القائلين بعتقها أن ولاءها لمن عتقت عليه . ومذهب الجمهور أنها تعتق بموت سيدها من رأس المال فيكون ولاؤها له لانها عتقت بفعله من ماله فكان ولاؤها له كما لو عتقت بقوله ويختص ولاؤها الذكور من عصبة السيد كالمدبر والمكاتب .

ابن اللبان ولان له أمانا بعتق المسلم إياه . والصحيح ان شاء الله جواز استرقاقه لانه كافر أصلي كتابي فجاز استرقاقه كعتق الحربي وكفير المعتق . وقولهم في استرقاقه إبطال ولاء المسلم . قلنا لا نسلم بل متى أعتق عاد الولاء للاول وانما امتنع عمله في حال رقه لمانع وان سلمنا ان فيه إبطال ولائه فكذلك في قتله وقد جاز إبطال ولائه بالقتل فكذلك بالاسترقاق ، ولان القرابة يبطل عملها بالاسترقاق فكذلك الولاء . وقول ابن اللبان له أمان لا يصح فانه لو كان له أمان لم يجز قتله ولا سبيه . فعلى هذا ان استرق ثم أعتق احتمل أن يكون الولاء للثاني لان الحكين اذا تنافيا كان الثابت هو الآخر منهما كالناسخ والمنسوخ . واحتمل انه للاول لان ولاءه ثبت وهو معصوم فلا يزول بالاستيلاء كحقيقة الملك . ويحتمل انه بينهما وأيهما مات كان الثاني . وان أعتق مسلم مسلما أو أعتقه ذمي فارتد ولحق بدار الحرب فسبي لم يجز استرقاقه وان اشتري فالشراء باطل ولا يقبل منه الا التوبة أو القتل

(فصل) ولا يصح بيع الولاء ولا هبته ولا أن يأذن لمولاه فيوالي من شاء . روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وطاوس واياس ابن معاوية والزهري ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه ، وكره جابر بن عبدالله بيع الولاء . قال سعيد حدثنا جرير عن مغيرة عن ابراهيم قال قال عبد الله انما الولاء كالنسب فيبيع الرجل نسبه ؟ وقال حدثنا سفيان عن عمرو بن دينار ان ميمونة وهبت ولاء سليمان بن يسار لابن عباس وكان

(فصل) ومن أوصى أن يعتق عنه بعد موته فأعتق فالولاء له وكذلك إن أوصى به ولم يقل عني فأعتق كان الولاء له لان الاعتاق عنه من ماله فان أعتق عنه ما يجب عتقه ككفارة ونحوها ففيه اختلاف نذكره إن شاء الله تعالى .

(فصل) ويثبت الولاء للمعتق على المعتق لما ذكرنا وعلى أولاده من زوجة معتقه أو من أمته لانه ولي نعمتهم وعتقهم بسببه ولانهم فرع والفرع يتبع أصله بشرط أن يكونوا من زوجة معتقه أو من أمته فان كانت أمهم حرة الاصل فلا ولاء على ولدها لانهم يتبعونها في الحرية والرق فيتبعونها في عدم الولاء إذ ليس عليها ولاء وكذلك إن كان أبوهم حر الاصل إذا لم يمسسهم رق ، فان كان قد ثبت ملك فأعتقوا فولاؤهم لمعتقهم للحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لمن أعتق » ويثبت الولاء للمعتق على معتقي معتقته ، ومعتقي أولاده ، ومعتقهم أبداً ما تناسلوا ، لانه ولي نعمتهم وبسببه عتقوا فأشبه مالو باشرهم بالعتق .

﴿ مسئلة ﴾ (ويرث به عند عدم العصبة من النسب ، فمتى كان للمعتق عصبة أو ذوي فروض تستحق فروضهم المال فلا شيء للمولى)

لا نعلم في هذا خلافاً فان لم يكن له عصبة ولا ذو فرض يرث المال كله فهو للمولى وإن كان ذو الفرض لا يرث جميع المال فالباقي للمولى لما روي الحسن قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

مكاتبا وروي ان ميمونة وهبت ولاء مواليها للعباس وولاؤهم اليوم لهم وان عروة ابتاع ولاء طهمان لورثة مصعب بن الزبير . وقال ابن جريج قلت لعطاء أذنت لولاي أن يوالي من شاء فيجوز؟ قال نعم

ولنا أن النبي ﷺ نهى عن بيع الولاء وعن هبته وقال « الولاء لحمة كلحمة النسب » وقال « لعن الله من تولى غير مواليه » ولانه معنى يورث به فلا ينتقل كالقرابة . وفعل هؤلاء شاذ يخالف قول الجمهور وترده السنة فلا يعول عليه

(فصل) ولا ينتقل الولاء عن المعتق بموته ولا يرثه ورثته وانما يرثون المال به مع بقائه للمعتق هذا قول الجمهور وروي نحو ذلك عن عمر وعلي وزيد وابن مسعود وأبي بن كعب وابن عمر وأبي مسعود البدري وأسامة بن زيد وبه قال عطاء وطاوس وسالم بن عبدالله والحسن وابن سيرين والشعبي والزهري والنخعي وقتادة وأبو الزناد وابن نشيط ومالك والثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وداود وشذ شريح وقال : الولاء كالمال يورث عن المعتق فمن ملك شيئا حياته فهو لورثته . ورواه حنبل ومحمد بن الحكم عن أحمد وغلطهما أبو بكر وهو كما قال فان رواية الجماعة عن أحمد مثل قول الجماعة وذلك لقوله عليه السلام « الولاء للمعتق » وقوله « الولاء لحمة كلحمة النسب » والنسب لا يورث وانما يورث به ولانه معنى يورث به فلا ينتقل كسائر الاسباب والله تعالى أعلم

« الميراث للعصبة فان لم يكن عصبة فللمولى » ، وعنه أن رجلا أعتق عبداً فقال للنبي صلى الله عليه وسلم ماترى في ماله ؟ قال « ان مات ولم يدع وارثاً فهو لك » ولان النسب أقوى من الولاء بدليل أنه يتعلق به التحريم والنفقة وسقوط القصاص ورد الشهادة ولا يتعلق ذلك بالولاء .

﴿ مسألة ﴾ (ثم يرث به عصباته الاقرب فالاقرب)

وجملة ذلك أن العتيق إذا لم يخلف من نسبه من يرثه كان ماله لمولاه ، فان كان مولاه ميتاً فهو لأقرب عصبته سواء كان ولداً أو أخاً أو عماً أو أباً أو غيره من العصبات، وسواء كان المعتق ذكراً أو أنثى فان لم يكن له عصبة من أقاربه كان الميراث لمولاه ثم لعصباته الاقرب فالاقرب ثم لمولاه وكذلك أبداً . روي هذا عن عمر رضي الله عنه وبه قال الشعبي والزهري وقتادة ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأبو حنيفة وصاحباه، وروي عن علي رضي الله عنه مايدل على أن مذهبه في امرأة ماتت وخلفت ابنها وأخاها أو ابن أخيها أن ميراث مواليها لاخيها وابن أخيها دون ابنها، وروي عنه الرجوع إلى مثل قول الجماعة، فروي عن ابراهيم أنه قال اختصم علي والزبير في موالي صفية بنت عبد المطلب فقال علي: أنا أحق بهم أنا أرثهم وأعقل عنهم، وقال الزبير: هم موالي أمي وأنا أرثهم ، فقضى عمر للزبير بالميراث والعقل على علي رواه سعيد ورواه أبو معاوية بن عبيدة الضبي عن ابراهيم وقال ثنا هشيم حدثنا الشيباني عن الشعبي قال قضى بولاء موالي صفية للزبير دون العباس وقضى في أم هانئ بنت أبي

﴿مسئلة﴾ قال (ومن أعتق سائبة لم يكن له الولاء فان أخذ من ميراثه شيئاً رده في مثله)

قال أحمد في رواية عبدالله: الرجل يعتق عبده سائبة هو الرجل يقول لعبده قد أعتقتك سائبة كأنه يجعله لله ولا يكون ولاؤه لمولاه قد جعله لله وسلمه عن أبي عمرو الشيباني عن عبدالله بن مسعود السائبة يضع ماله حيث شاء. وقال أحمد قال عمر: السائبة والصدقة ليومهما. ومتى قال الرجل لعبده أعتقتك سائبة أو أعتقتك ولا ولاء لي عليك لم يكن له عليه ولاء. فان مات وخلف مالا ولم يدع وارثا اشتري بماله رقاب فأعتقوا في المنصوص عن أحمد وأعتق ابن عمر عبداً سائبة فمات فاشترى ابن عمر بماله رقابا فاعتقهم، وقال عمر بن عبد العزيز والزهري ومكحول وأبو العالية ومالك يجعل ولاؤه لجماعة المسلمين وعن عطاء أنه قال كنا نعلم أنه إذا قال أنت حر سائبة فهو يوالي من شاء ولعل أحمد رحمه الله ذهب الى شراء الرقاب استحبابا لفعل ابن عمر والولاء للمعتق وهذا قول النخعي والشعبي وابن سيرين وراشد بن سعد وضمرة بن حبيب والشافعي وأهل العراق لقوله عليه السلام الولاء لمن أعتق وجعله لحمة كلحمة النسب فكما لا يزول نسب إنسان ولا ولد عن فراش بشرط لا يزول ولاء عن معتق، ولذلك لما أراد أهل بريرة اشتراط ولائها على عائشة قال لها النبي ﷺ «اشتريها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن اعتق» يعني أن اشتراطهم تحويل الولاء عن المعتق

طالب لابنها جعدة بن هبيرة دون علي: وروى الامام باسناده عن زياد بن أبي مريم أن امرأة أعتقت عبداً لها ثم توفيت وتركت ابناً لها وأخاها ثم توفي مولاها من بعدها فأتى أخو المرأة وابنها رسول الله صلى الله عليه وسلم في ميراثه فقال عليه السلام «ميراثه لابن المرأة» فقال اخوها يارسول الله لوجر جريرة كانت علي ويكون ميراثه لهذا؟ قال «نعم» وروى باسناده عن سعيد بن المسيب ان رسول الله ﷺ قال المولى اخ في الدين ومولى نعمة يرثه اولى الناس بالمعتق. اذا ثبت هذا فان المعتقة لو خلفت إبنها واخاها او ابن اخيها ثم مات، ولاها فميراثه لابنها، وان مات ابنها بعدها وقبل مولاها وترك عصبة كاعمامه وبني اعمامه ثم مات العبد وترك أخاً مولاته وعصبة ابنها فميراثه لاخي مولاته لانه اقرب عصبة المعتق فان المرأة لو كانت هي الميتة لورثها اخوها وعصبتها، فان انقرض عصبتها كان بيت المال أحق به من عصبة ابنها يروى هذا عن علي وبه قال إبان بن عثمان وقبيصة بن عثمان وعطاء وطاوس والزهري وقتادة ومالك والشافعي وأهل العراق، وروي عن علي رواية اخرى انه لعصبة الابن وروي ذلك عن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب وبه قال شريح، وهذا مبني على ان الولاء يورث كما يورث المال وقد روي عن احمد نحو هذا، واحتجوا بان عمرو بن شعيب روى عن ابيه عن جده ان رئاب بن حذيفة تزوج امرأة فولدت له ثلاثة غلمة فماتت امهم فورثوا عنها ولاء مواليها وكان عمرو بن العاص عصبة بنيها فاخرجهم الى الشام فماتوا فقدم عمرو بن العاص ومات مولاها وترك

لا يفيد شيئا ولا يزيل الولاء عن المعتق، وروى مسلم باسناده عن هزيل بن شرحبيل قال جاء رجل الى عبد الله فقال اني اعتقت عبداً لي وجعلته سائبة فمات وترك مالا ولم يدع وارثا فقال عبد الله إن أهل الاسلام لا يسيبون وان أهل الجاهلية كانوا يسيبون وأنت ولي نعمته فان تأثمت وتحرجت من شيء فنحن نقبله ونجعله في بيت المال، وقال سعيد ثنا هشيم ثنا بشر عن عطاء أن طارق بن المرقع اعتق سوائب فماتوا فكتب الى عمر رضي الله عنه فكتب عمر: ان ادفع مال الرجل الى مولاه فان قبله والا فاشتر به رقابا فأعتقهم عنه، وقال ثنا هشيم عن منصور أن عمر وابن مسعود قالا في ميراث السائبة هو للذي أعتقه وهذا القول أصح في الاثر والنظر، وفي المواضع التي جعل الصحابة ميراثه لبيت المال أو في مثله كان لتبرع المعتق وتورعه عن ميراثه كفعل ابن عمر في ميراث معتقه وفعل عمر وابن مسعود في ميراث الذي تورع سيده عن أخذ ماله، وقد روي أن سالما مولى أبي حنيفة أعتقته لبنى بنت يعار سائبة فقتل وترك ابنة فاعطاها عمر نصف ماله وجعل النصف في بيت المال وعلى القول المنصوص عن أحمد ان خلف السائبة مالا اشتري به رقاب فاعتقوا فان رجع من ميراثهم شيء اشترى به أيضا رقاب فاعتقوا، وإن خلف السائبة ذا فرض لا يستغرق ماله أخذ فرضه واشتري بباقيه رقاب فاعتقوا ولا يرد على ذي الفرض

(فصل) وان عتق عبداً عن كفارته أو نذره أو من زكاته فقال أحمد في الذي يعتق من زكاته ان ورث منه شيئا جعله في مثله قال وهذا قول الحسن وبه قال اسحاق، وعلى قياس ذلك العتق من

مالا فخاصمه اخوتها الى عمر فقال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «ما احرز الوالد والولد فهو لعصبته من كان» قال وكتب له كتابا فيه شهادة عبد الرحمن بن عوف وزيد بن ثابت ورجل آخر فنحن فيه الى الساعة رواه ابو داود وابن ماجه، والصحيح الاول فان الولاء لا يورث على ما نذكره ان شاء الله تعالى، وانما يورث به وهو باق للمعتق يرثه به أقرب عصباته ومن لم يكن من عصبة امه لم يرث شيئاً وعصبة الابن غير عصبة امه فلا يرث الاجانب منها بولائها دون عصباتها، وحديث عمرو بن شعيب غلط قال احمد الناس يغلطون عمرو بن شعيب في هذا الحديث. فعلى هذا لا يرث المولى العتيق من اقارب معتقه الا عصباته الاقرب منهم فالاقرب على ما ذكرنا في ترتيب العصبات، ولا يرث ذو فرض بفرضه ولا ذو رحم الا أن يكون الاب والجد مع البنين والجد مع الاخوة على ما نذكره، فان اجتمع لرجل منهم فرض وتعصيب كالاب والجد والزوج والاخ من الام اذا كانا ابني عم ورث بما فيه من التعصيب دون الفرض فان كانا عصبات في درجة واحدة كالبنين وبنوهم والاخوة وبنيهم والاعمام وبنيهم اقتسموا الميراث بالسوية وهذا كله لا خلاف فيه سوى ماذكرنا من الاقوال الشاذة

(فصل) ويقدم المولى في الميراث على الرد وذوي الارحام في قول جمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم فاذا مات رجل وخلف بنته ومولاه فلبنته النصف والباقي لمولاه وان خلف ذا رحم

الكفارة والنذر لانه واجب عليه ، وقد روى عن أحمد رحمه الله أنه قال في الذي يعتق في الزكاة ولاؤه للذي جرى عتقه على يديه، وقال مالك والعنبري ولاؤه لسائر المسلمين ويجعل في بيت المال وقال أبو عبيد ولاؤه لصاحب الصدقة وهو قول الجمهور في العتق في النذر والكفارة لقول النبي ﷺ « الولاء لمن أعتق » ولان عائشة اشترت بريرة بشرط العتق فاعتقتها فكان ولاؤها لها وشرط العتق يوجب ولانه معتق عن نفسه فكان الولاء له كما لو اشترط عليه العتق فأعتق

ولنا أن الذي أعتق من الزكاة معتق من غير ماله فلم يكن له الولاء كما لو دفعها إلى الساعي فاشترى بها واعتق وكما لو دفع الى المكاتب مالا فأداه في كتابته، وفارق من اشترط عليه العتق فانه انما أعتق ماله والعتق في الكفارة والنذر واجب عليه فأشبه العتق من الزكاة، وذهب كثير من أهل العلم إلى أنه لا يعتق من الزكاة وعلل بعضهم المنع من ذلك بانه يجر الولاء الى نفسه فينتفع بزكاته وهذا قول لاحمد رواه عنه جماعة وهو قول النخعي والشافعي

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن ملك ذا رحم محرم عتق عليه وكان ولاؤه له)

ذو الرحم المحرم القريب الذي يحرم نكاحه عليه لو كان أحدهما رجلا والآخر امرأة وهم الوالدان وان علوا من قبل الاب والام جميعا والولد وان سفل من ولد البنين والبنات والاخوة والاخوات وأولادهم

ومولاه فالمال لمولاه خاصة، وعن عمر وعلي يقدم الرد على المولى ولعلهم يحتجون بقول الله تعالى (واولو الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله) ولنا حديث عبد الله بن شداد وحديث الحسن ولانه عصبة يعقل عن مولاه فيقدم على الرد وذوي الرحم كابن العم

﴿ مسئلة ﴾ (وعنه في المكاتب اذا ادى الى الورثة ان ولاءه لهم)

لانه انتقل اليهم اشبه مالو اشتروه وان ادى اليهما فولاؤه بينهما لانهما اشتركا في ادائه اليهما فاشتركا في استحقاق ولائه كالشريكين والرواية الاخرى ولاؤه للمكاتب لان عتقه بكتابته وهي من سيده

﴿ مسئلة ﴾ (ومن كان احد ابويه الحرين حر الاصل فلا ولاء عليه)

وجملته انه اذا كان احد الزوجين حر الاصل فلا ولاء على ولدهما سواء كان الآخر عربيا او مولى لان الام ان كانت حرة الاصل فالولد يتبعها فيما اذا كان الاب رقيقاً في انتفاء الرق والولاء فلأن يتبعها في نفي الولاء وحده اولى وان كان الاب حر الاصل فالولد يتبعه فيما اذا كان عليه ولاء بحيث يصير الولاء عليه لمولى ابيه فلأن يتبعه في سقوط الولاء عنه اولى وهذا قول اكثر اهل العلم، وقال ابو حنيفة ان كان الاب اعجمياً والام مولاة ثبت الولاء على ولده وليس بصحيح لانه حر الاصل فلم يثبت الولاء على ولده كما لو كان عربياً

وأن سفلوا والاعمام والعمات والاخوال والخالات دون أولادهم فمتى ملك أحداً منهم عتق عليه روي ذلك عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وبه قال الحسن وجابر بن زيد وعطاء والحكم وحماد وابن أبي ليلى والثوري والليث وأبو حنيفة والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم، وأعتق مالك الوالدين والمولود بن وان بعدوا والاخوة والاخوات دون أولادهم، ولم يعتق الشافعي الا عمودي النسب وعن احمد رواية كذلك ذكرها أبو الخطاب ولم يعتق داود وأهل الظاهر أحدا حتى يعتقه لقول النبي ﷺ «لايجزي ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه» رواه مسلم

ولنا ماروى الحسن عن سمرة قال: قال رسول الله ﷺ «من ملك ذا رحم محرم فهو حر» رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن ولأنه ذو رحم محرم فيعتق عليه بالملك كعمودي النسب وكالاخوة والاخوات عند مالك، فأما قوله حتى يشتريه فيعتقه فيحتمل أنه أراد يشتريه فيعتقه بشرائه له كما يقال ضربه فقتله والضرب هو القتل وذلك لان الشراء لما كان يحصل به العتق تارة دون أخرى جاز عطف صفته عليه كما يقال ضربه فأطار رأسه، ومتى عتق عليه فولاؤه له لانه يعتق من ماله بسبب فعله فكان ولاؤه له كما لو باشر عتقه وسواء ملكه بشراء أو هبة أو غنيمة أو ارث أو غيره لانعلم بين أهل العلم فيه خلافا

(فصل) ولا خلاف في أن المحارم من غير ذوي الارحام لايعتقون على سيدهم كالام والاخ من

وسواء كان مسلماً أو ذمياً أو حربياً مجهول النسب او معلومه وهذا قول أبي يوسف ومالك وابن شريح وقال القاضي ان كان مجهول النسب ثبت الولاء على ولده لمولى الام ان كانت مولاة قال ابن اللبان هذا ظاهر مذهب الشافعي، وقال الخبري هذا قول ابي حنيفة ومحمد واحمد لان مقتضى ثبوته لمولى الام موجود، وانما امتنع في محل الوفاق لحرية الاب فاذا لم تكن معلومة فقد وقع الشك في المانع فيبقى على الاصل ولا يزول اليقين بالشك ولا يترك العمل بالمقتضي مع الشك في المانع

ولنا ان الاب حر محكوم بحريته أشبه معروف النسب ولان الاصل في الآدميين الحرية وعدم الولاء فلا يترك هذا الاصل بالوهم في حق الولد كما لم يترك في حق الاب، وقولهم مقتضى ثبوته لمولى الام موجود ممنوع فانه انما يثبت لمولى الام بشرط رق الاب وهذا الشرط منتف حكما وظاهراً وان سلمنا وجود المقتضى فقد ثبت المانع حكما فان حرية الاب ثابتة حكما فلا تعويل على ماقالوه، فاما ان كان الاب مولى والام مجهولة النسب فلا ولاء عليه في قولنا، وقياس قول القاضي والشافعي ثبوت الولاء عليه لمولى ابيه لانا شككنا في المانع من ثبوته

ولنا ماذكرناه في التي قبلها ولان الام لاتخلو من ان تكون حرة الاصل فلا ولاء على ولدها او امة فيكون ولدها عبداً أو مولاة فيكون على ولدها الولاء لمولى أبيه، والاحتمال الاول راجح لوجهين احدهما انه محكوم به في الام فيجب الحكم به في ولدها الثاني انه معتضد بالاصل فان الاصل الحرية ثم لو لم يترجح هذا الاحتمال لكان

الرضاعة والربيبة وأم الزوجة وابنتها الا أنه حكي عن الحسن وابن سيرين وشريك أنه لايجوز بيع الاخ من الرضاعة ، وروي عن ابن مسعود أنه كرهه والاول أصح قال الزهري جرت السنة بأن يباع الاخ والاخت من الرضاع ولانه لانص في عتقهم ولاهم في معنى المنصوص عليه فيبقون على الاصل ولانهما لارحم بينهما ولا توارث ولا تلزمه نفقته فأشبه الربيبة وأم الزوجة

(فصل) وان ملك ولده من الزنا لم يعتق عليه على ظاهر كلام أحمد لان أحكام الولد غير ثابتة فيه وهي الميراث والحجب والمحرمية ووجوب الانفاق وثبوت الولاية له عليه ، ويحتمل أن يعتق لانه جزؤه حقيقة وقد ثبت فيه حكم تحريم التزويج ، ولهذا لو ملك ولده المخالف له في الدين عتق عليه مع انتفاء هذه الاحكام

﴿ مسئلة ﴾ قال (وولاء المكاتب والمدبر لسيدهما اذا أعتقا)

هذا قول عامة الفقهاء وبه يقول الشافعي وأهل العراق وحكى ابن سراقة عن عمرو بن دينار وأبي ثور أنه لا ولاء على المكاتب لانه اشترى نفسه من سيده لم يكن له عليه ولاء كما لو اشتراه أجنبي فأعتقه وكان قتادة يقول من لم يشترط ولاء المكاتب فلكاتبه أن يوالي من شاء وقال مكحول أما المكاتب اذا اشترط ولاءه مع رقبته فجائز

الاحتمال الذي صاروا اليه معارض باحتمالين كل واحد منهما مساوله فترجيحه عليهما بحكم لايجوز المصير اليه بغير دليل وهذا وارد عليهم في المسئلة الاولى أيضاً

﴿ مسئلة ﴾ (ومن اعتق سائبة في نذره أوزكاته اوكفارته ففيه روايتان (إحداهما) له عليه الولاء والثانية لاولاء له عليه وما رجع من ميراثه رد في مثله يشتري به رقابا يعتقهم)

قال احمد في رواية عبد الله الرجل يعتق عبده سائبة هو الرجل يقول لعبده قد اعتقتك سائبة كأنه يجعله لله لايكون ولاؤه له قد جعله لله وسلمه وعن ابي عمر والشيباني عن ابن مسعود والسائبة يضع ماله حيث شاء وقال احمد قال عمر قال الصدقة والسائبة ليومها ومتى قال الرجل لعبده أعتقتك سائبة أو أعتقتك ولا ولاء لي عليك لم يكن له عليه ولاء فان مات وخلف مالا ولم يدع ورثة اشتري بماله رقاب فأعتقوا في المنصوص عن أحمد وأعتق ابن عمر عبداً سائبة فمات فاشترى ابن عمر بماله رقاباً فأعتقهم

والرواية الثانية الولاء للمعتق وهو قول الشعبي والنخعي وابن سيرين وراشد بن سعد وضمرة ابن حبيب والشافعي وأهل العراق لقوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لمن أعتق » وقوله « الولاء لحمة كلحمة النسب ». ولعل أحمد ذهب إلى شراء الرقاب استحباباً لفعل ابن عمر وقال عمر بن عبدالعزيز والزهري وأبو العالية ومكحول ومالك يجعل ولاؤه لجماعة المسلمين وعن عطاء قال إذا قال أنت حر سائبة يوالي من شاء ، والقول بثبوت الولاء للمعتق أظهر للاحاديث ولان الولاء لحمة كلحمة النسب،

ولنا أن السيد هو المعتق للمكاتب لانه يبيعه بماله وماله وكسبه لسيده فجعل ذلك له ثم باعه به حتى عتق فكان هو المعتق وهو المعتق للمدبر بلا اشكال ، وقد قال النبي ﷺ «الولاء لمن أعتق» ويدل على ذلك أن المكاتبين يدعون موالي مكاتبيهم فيقال ابو سعيد مولى ابن أسيد وسيرين مولى انس وسليمان بن يسار مولى ميمونة ، وقد وهبت ولاءه لابن عباس وكانوا مكاتبين وكذلك أشباههم ويدل على ذلك أن في حديث بريرة أنها جاءت عائشة فقالت يا أم المؤمنين اني كاتبت أهلي على تسع أواق فأعينيني فقالت عائشة إن شاءوا عددت لهم عدة واحدة ويكون ولاؤك لي فعادت فأبوا أن يبيعوها إلا أن يكون الولاء لهم فقال النبي ﷺ « اشتريها واشترطي لهم الولاء » وهذا يدل على أن الولاء كان لهم لو لم تشترها منهم عائشة

(فصل) وان اشترى العبد نفسه من سيده بعوض حال عتق والولاء لسيده لانه يبيع ماله بماله فهو مثل المكاتب سواء والسيد هو المعتق لهما فالولاء له عليهما

﴿ مسئلة ﴾ قال (وولاء أم الولد لسيدها اذا ماتت)

يعني اذا عتقت بموت سيدها فولاؤها له يرثها أقرب عصبته، وهذا قول عمر وعثمان وبه قال عامة الفقهاء ، وقال ابن مسعود: تعتق من نصيب ابنها فيكون ولاؤها له وعن ابن عباس نحوه وعن

وكما لا يزول نسب انسان ولا ولد عن فراش بشرط لا يزول ولاء عن معتق ولذلك لما أراد أهل بريرة اشتراط ولائها على عائشة قال النبي صلى الله عليه وسلم « اشتريها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن أعتق» يريد أن اشتراط تحويل الولاء عن المعتق لا يفيد شيئاً ولا يزيل الولاء .

وروى مسلم باسناده عن هزيل ابن شرحبيل قال جاء رجل الى عبد الله فقال إني أعتقت عبداً لي وجعلته سائبة فمات وترك مالا ولم يدع وارثاً فقال عبد الله إن أهل الاسلام لا يسيبون وان أهل الجاهلية كانوا يسيبون وأنت ولي نعمته فان تأثمت وتحرجت عن شيء فنحن نقبله ونجعله في بيت المال وقال سعيد ثنا هشيم عن بسر عن عطاء أن طارق بن المرقع أعتق سوائب فماتوا فكتب إلى عمر رضي الله عنه فكتب عمر ان ادفع مال الرجل إلى مولاه فان قبله ولا فاشتر به رقاباً فأعتقهم عنه وثنا هشيم عن منصور أن عمر وابن مسعود قالا في ميراث السائبة هو للذي أعتقه قال شيخنا وهذا القول أصح في الاثر والنظر لما ذكرنا وفي المواضع التي جعل الصحابة ميراثه لبيت المال أو في مثله كان لتبرع المعتق وتورعه عن ميراثه كفعل ابن عمر في ميراث عتيقه وفعل ابن عمر وابن مسعود في الميراث الذي تورع سيده عن أخذ ماله وقد روي أن سالما مولى أبي حذيفة أعتقه لبني بنت يعار سائبة فقتل وترك ابنة فأعطاها عمر نصف ماله وجعل النصف في بيت المال وعلى القول المنصوص عن أحمد الذي ذكره الخرقي اذا خلف السائبة مالا اشتري به رقاب فأعتقوا فان رجع من ميراثه شيء اشتري به أيضاً رقاب

علي لا تعتق مالم يعتقها وله بيعها وبه قال جابر بن زيد وأهل الظاهر ، وعن ابن عباس نحوه وقد ذكر الدليل على عتقها موضع غير هذا ولا خلاف بين القائلين بعتقها ان ولاءها لمن عتقت عليه ومذهب الجمهور أنها تعتق بموت سيدها من رأس المال فيكون ولاؤها له لانها عتقت بفعله من ماله فكان ولاؤها له كما لو عتقت بقوله ويختص ميراثها بالولاء بالذكور من عصبة السيد كالمدبر والمكاتب

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن أعتق عبده عن رجل حي بلا أمره أو عن ميت فالولاء للمعتق)

هذا قول الثوري والاوزاعي والشافعي وأبي حنيفة وأبي يوسف وداود ، وروي عن ابن عباس أن ولاءه للمعتق عنه ، وبه قال الحسن ومالك وأبو عبيد لانه أعتقه عن غيره فكان الولاء للمعتق عنه كما لو أذن له

ولنا قول النبي ﷺ « الولاء لمعتق » ولانه أعتق عبده من غير إذن غيره له فكان الولاء له كما لو لم يقصد شيئاً

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان اعتقه عنه بأمره فالولاء للمعتق عنه بأمره)

وبهذا قال جميع من حكينا قوله في المسئلة الاولى الا أبا حنيفة ووافقه ابو يوسف ومحمد بن الحسن وداود فقالوا الولاء للمعتق إلا أن يعتقه عنه على عوض فيكون له الولاء ويلزم العوض ويصير كأنه

فاعتقوا وان خلف السائبة ذا فرض لا يستغرق ماله أخذ فرضه واشتري بباقيه رقاب فاعتقوا ولا يرد على أهل الفرض .

(فصل) فان اعتق من زكاته وعن كفارته أو نذره فقال أحمد في الذي يعتق من زكاته ان ورث منه شيئاً جعله في مثله وقال هذا قول الحسن وبه قال اسحاق وعلى قياس ذلك العتق من الكفارة والنذر لانه واجب عليه وقد روي عن أحمد أنه قال في الذي يعتق في الزكاة ولاؤه للذي جرى عتقه على يديه وقال العنبري ومالك ولاؤه لسائر المسلمين يجعل في بيت المال وقال أبو عبيد ولاؤه لصاحب الصدقة وهو قول الجمهور في العتق في النذر والكفارة لقول النبي صلى الله عليه وسلم « انما الولاء لمن أعتق » ولان عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة بشرط العتق فأعتقتها فكان ولاؤها لها وشرط العتق يوجبه ولانه معتق عن نفسه فكان الولاء له لمن شرط عليه العتق فأعتق

ولنا أن الذي أعتق من الزكاة أعتق من غير ماله فلم يكن الولاء له كما لو دفعها الى الساعي فاشترى بها وأعتق وكما لو دفع الى المكاتب ما لا فاداه في كتابته وفارق الذي اشترط عليه العتق فانه انما أعتق ماله والعتق في الكفارة والنذر واجب عليه فأشبه العتق من الزكاة

(مسئلة) (ومن أعتق عبده عن حي بلا أمره أو عن ميت فالولاء للمعتق)

هذا قول الثوري والاوزاعي وأبي حنيفة والشافعي وأبي يوسف وداود وروي عن ابن عباس

اشتراه ثم وكله في اعتاقه أما إذا كان عن غير عوض فلا يصح تقدير البيع فيكون الولاء للمعتق لعموم قوله عليه السلام « الولاء للمعتق » وعن أحمد مثل ذلك

ولنا أنه وكيل في الاعتاق فكان الولاء للمعتق عنه كما لو أخذ عوضا فانه كما يجوز تقدير البيع فيما اذا أخذ عوضا يجوز تقدير الهبة إذا لم يأخذ عوضاً فان الهبة جائزة في العبد كما يجوز البيع والخبر مخصوص بما إذا أخذ عوضاً وكسائر الوكلاء فنقيس عليه محل النزاع

(مسألة) قال (ومن قال أعتق عبدك عني وعلي ثمنه فالثمن عليه والولاء للمعتق عنه)

لا نعلم في هذه المسألة خلافا وان الولاء للمعتق عنه لكونه أعتقه عنه بعوض ويلزمه الثمن لانه أعتقه عنه بشرط العوض فيقدر ابتياعه منه ثم توكيله في عتقه ليصح عتقه عنه فيكون الثمن عليه والولاء له كما لو ابتاعه منه ثم وكله في عتقه

(مسألة) قال (ولو قال اعتقه والثمن علي كان الثمن عليه والولاء للمعتق)

إنما كان الثمن عليه لانه جعل له جعلا على اعتاق عبده فلزمه ذلك بالعمل كما لو قال من بنى لي هذا الحائط فله دينار فبناه انسان استحق الدينار والولاء للمعتق لانه لم يأمره باعتاقه عنه ولا قصد به المعتق ذلك

أن ولاءه للمعتق عنه وبه قال الحسن ومالك وأبو عبيد لانه أعتقه عن غيره فكان الولاء للمعتق عنه كما لو أذن له .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الولاء لمن أعتق » ولانه أعتق عبده من غير اذن غيره له فكان الولاء له كما لو لم يقصد شيئاً

(مسألة) (وان أعتقه عنه بأمره فالولاء للمعتق عنه)

وهذا قول جميع من حكينا قوله في المسألة الاولى الا أبا حنيفة ووافقه محمد بن الحسن وداود فقالوا الولاء للمعتق الا أن يعتقه عنه بعوض فيكون له الولاء ويلزمه العوض ويصير كأنه اشتراه ثم وكله في اعتاقه أما اذا كان عن غير عوض فلا يصح تقدير البيع فيكون الولاء للمعتق لما ذكرناه من الحديث وعن أحمد مثل ذلك .

ولنا أنه وكيل في الاعتاق فكان الولاء للمعتق عنه كما لو أخذ عوضا فانه كما يجوز تقدير البيع فيما اذا أخذ عوضا يجوز تقدير الهبة اذا لم يأخذ عوضا فان الهبة تجوز في العبد كما يجوز البيع والخبر مخصوص بما اذا أخذ عوضا وسائر الوكلاء فنقيس عليه محل النزاع

(مسألة) (واذا قال اعتق عبدك عني وعلي ثمنه ففعل فالثمن عليه والولاء للمعتق عنه)

فلم يوجد مايقتضي صرفه اليه فيبقى للمعتق عملا بقوله عليه السلام « الولاء للمعتق »

(فصل) ومن أوصى أن يعتق عبده بعد موته فأعتق فالولاء له ، وكذلك لو وصى بعتق عبده ولم يقل عني فأعتق كان الولاء له لان الاعتاق من ماله ، وان أعتق عنه مايجب اعتاقه ككفارة ونحوها فقد مضى ذكرها فيما تقدم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن أعتق عبداً له أولاد من مولاة لقوم جر معتق العبد ولاء أولاده)

وجملة ذلك أن الرجل إذا أعتق أمته فتزوجت عبداً فأولدها فولدها منه أحرار وعليهم الولاء لمولى أمهم يعقل عنهم ويرثهم إذا ماتوا لكونه سبب الانعام عليهم بعتق أمهم فصاروا لذلك أحرارا فان أعتق العبد سيده ثبت له عليه الولاء وجر اليه ولاء أولاده عن مولى أمهم لان الاب لما كان مملوكا لم يكن يصلح وارثا ولا وليا في نكاح فكان ابنه كولد الملاعنة ينقطع نسبه عن ابيه فثبت الولاء لمولى أمه وانتسب اليها فاذا عتق العبد صلح الانتساب اليه وعاد وارثا عاقلا وليا فعادت النسبة اليه وإلى مواليه بمنزلة مالو استلحق الملاعن ولده هذا قول جمهور الصحابة والفقهاء يروى هذا عن عمر وعثمان وعلي والزبير وعبد الله وزيد بن ثابت ومروان وسعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعمر بن عبد العزيز والنخعي وبه قال مالك والثوري والاوزاعي والليث وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي واسحاق وأبو ثور . ويروى عن رافع بن خديج ان

قال شيخنا لا نعلم خلافا فى هذه المسئلة وان الولاء للمعتق عنه لكونه أعتقه عنه بعوض ويلزمه الثمن لانه أعتقه عنه بشرط العوض فنقدر ابتياعه منه ثم توكيله فى عتقه ليصح عتقه عنه فيكون الثمن عليه والولاء له كما لو ابتاعه منه ثم وكله فى عتقه

(مسئلة) (ولو قال أعتقه والثمن علي ففعل فالثمن عليه)

والولاء للمعتق انما كان الثمن عليه لانه جعل له جعلا على اعتاقه عبده فلزمه ذلك بالعمل كما لو قال من بنى لي هذا الحائط فله دينار فبناه إنسان استحق الدينار وانما كان الولاء للمعتق لانه لم يأمره باعتاقه عنه ولا قصد به المعتق ذلك فلم يوجد ما يقتضي صرفه اليه فيبقى للمعتق عملا بقوله عليه السلام « انما الولاء لمن أعتق »

(مسئلة) (وان قال الكافر لرجل أعتق عبدك المسلم عني وعلي ثمنه ففعل فهل يصح على وجهين)

(أحدهما) لا يصح لانه يلزم منه أن يتملك الكافر ولذلك لا يجوز لانه اضرار بالمسلم (والثاني) يصح ويعتق لانه انما يتملكه زمناً يسيراً ولا يتسلمه فيتحمل هذا الضرر اليسير لاجل تحصيل الحرية للابد

﴿مسئلة﴾ (وان أعتق عبداً يباينه في دينه فله ولاؤه وهل يرث به ؟ على روايتين)

(احداهما) لا يرث لكن ان كان له عصبة على دين المعتق ورث فان أسلم الكافر منهما ورث المعتق رواية واحدة . اذا اختلف دين السيد وعتيقه فالولاء ثابت لا نعلم فيه خلافاً لعموم قوله عليه السلام

الولاء لاينجر عن موالي الام وبه قال مالك بن أوس بن الحدثان والزهري وميمون بن مهران وحميد ابن عبد الرحمن وداود لان الولاء لحمة كلحمة النسب والنسب لايزول عمن ثبت له فكذلك الولاء. وقد روي عن عثمان نحو هذا وعن زيد وأنكرهما ابن اللبان وقال: مشهور عن عثمان انه قضى الولاء للزبير على رافع بن خديج

ولنا ان الانتساب الى الاب فكذلك الولاء. ولذلك لو كانا حرين كان ولاء ولدهما لمولى أبيه فلما كان مملوكا كان الولاء لمولى الام ضرورة فاذا أعتق العبد الاب زالت الضرورة فعادت النسبة اليه والولاء الى مواليه . وروى عبد الرحمن عن الزبير انه لما قدم خيبر رأى فتية لعسا فأعجبه ظرفهم وجمالهم فسأل عنهم فقيل له موالي رافع بن خديج وأبوهم مملوك لآل الحرقة فاشترى الزبير أباهم فأعتقه وقال لاولاده انتسبوا الي فان ولاءكم لي فقال رافع بن خديج الولاء لي فانهم عتقوا بعتقي أمهم فاحتكموا الى عثمان فقضى بالولاء الزبير فاجتمعت الصحابة عليه. اللعس سواد في الشفتين تستحسنه العرب ومنه اللمى قال ذو الرمة :

لمياء في شفتيها حوة لعس وفي اللثات وفي أنيابها شنب

(فصل) وحكم المكاتب يتزوج في كتابته فيأتي له اولاد ثم يعتق حكم العبد القن في جر الولاء وكذلك المدبر والمعلق عتقه بصفة لانهم عبيد فان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم

« الولاء لمن أعتق» وقوله « الولاء لحمة كلحمة النسب » والنسب يثبت مع اختلاف الدين فكذلك الولاء ولان الولاء انما ثبت له عليه لانعامه باعتاقه وذلك ثابت مع اختلاف دينهما ويثبت الولاء للانثى على الذكر وللذكر على الانثى وكل معتق لعموم الخبر والمعنى ولحديث عبد الله بن شداد في بنت حمزة وقد ذكرناه وهل يرث السيد مولاه مع اختلاف الدين؟ على روايتين (احداهما) يرثه يروى ذلك عن علي وعمر بن عبد العزيز وبه قال أهل الظاهر واحتج أحمد بقول علي الولاء شعبة من الرق وقال مالك يرث المسلم مولاه النصراني لانه يصلح له ملكه ولا يرث النصراني مولاه المسلم لانه لا يصلح له تملكه وجمهور الفقهاء على أنه لا يرثه مع اختلاف دينهما لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » ولانه ميراث فنمعه اختلاف الدين كميراث النسب ولان اختلاف الدين مانع من الميراث بالنسب فنمع الميراث بالولاء كالقتل والرق يحققه أن الميراث بالنسب أقوى فاذا منع الاقوى فالاضعف أولى ولان النبي صلى الله عليه وسلم ألحق الولاء بالنسب بقوله « الولاء لحمة كلحمة النسب » فكما يمنع اختلاف الدين التوارث مع صحة النسب وثبوته فكذلك يمنع مع صحة الولاء وثبوته .

(مسئلة) (فان كان السيد عصبة على دين المعتق ورثه دون سيده وقال داود لا يرث عصبته في حياته) ولنا أنه بمنزلة ما لو كان الاقرب من العصبة مخالفا لدين الميت والابعد على دينه ورث البعيد

(فصل) اذا انجر الولاء الى موالي الاب ثم انقرضوا عاد الولاء الى بيت المال ولم يرجع الى موالي الام بحال في قول أكثر أهل العلم . وحكي عن ابن عباس انه يعود الى موالي الام والاول أصح لان الولاء جرى مجرى الانتساب . ولو انقرض الاب وأبوه لم تعد النسبة الى الام كذلك الولاء فاذا ثبت هذا فولدت بعد عتق الاب كان ولاء ولدها لموالي أبيه بلا خلاف فان نفاه باللعان عاد ولاؤه الى موالي الام لانا تبين انه لم يكن له أب ينتسب اليه فان عاد فاستلحقه عاد الولاء الى موالي الاب

(فصل) ولا ينجر الولاء الا بشروط ثلاثة [أحدها] أن يكون الاب عبداً حين الولادة فان كان حراً وزوجته مولاة لم يخل اما أن يكون حر الاصل فلا ولاء عليه ولا على ولده بحال وان كان مولى ثبت الولاء على ولده لمواليه ابتداء ولا جر فيه (الثاني) أن تكون الام مولاة فان لم تكن كذلك لم تخل إما أن تكون حرة الاصل فلا ولاء على ولدها بحال وهم أحرار بحريتها أو تكون أمة فولدها رقيق لسيدها فان أعتقهم فولاؤهم له لا ينجر عنه بحال سواء أعتقهم بعد ولادتهم أو أعتق أمهم حاملا بهم فعتقوا بعتقها لان الولاء يثبت بالعتق مباشرة فلا ينجر عن المعتق لقوله عليه السلام « الولاء لمن اعتق » وان أعتقها المولى فأتت بولد لدون ستة أشهر فقد مسه الرق وعتق بالمباشرة فلا ينجر ولاؤه . وان أتت به لاكثر من ستة أشهر مع بقاء الزوجية لم يحكم بمس الرق له وانجر ولاؤه لانه يحتمل أن يكون حادثا بعد العتق فلم يمسه الرق ولم يحكم برقه بالشك ، وان كانت المرأة بائنا وأتت بولد

دون القريب فان اجتمعا على الاسلام توارثا كالمتناسبين لزوال المانع

(فصل) (قال الشيخ رحمه الله ولا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو اعتق من أعتقن وكاتبن أو كاتب من كاتبن)

وعنه في بنت المعتق ترث خاصة والاول أصح معنى قوله من الولاء أي بالولاء لان الولاء لا يورث على ما نذكره ظاهر المذهب أن النساء لا يرثن بالولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو جر الولاء اليهن من أعتقن والكتابة كذلك فانها اعتاق قال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد والرواية التي ذكرها الخرقي في بنت المعتق ما وجدتها منصوصة عن أحمد وقد قال في رواية بن القاسم وقد سأله هل كان لحمزة أو لابنته؟ فقال لابنته فقد نص على أن ابنة حمزة ورثت بولاء نفسها لانها هي المعتقة وهذا قول الجمهور واليه ذهب مالك والشافعي وأهل العراق وداود والصحيح الاول لاجماع الصحابة ومن بعدهم عليه ولان الولاء لحمة كلحمة النسب والمولى كالنسيب من الاخ والعم ونحوهما فولده من العتيق بمنزلة ولد أخيه وعمه ولا يرث منهم الا الذكور خاصة

فأما الرواية المذكورة في ميراث بنت المعتق التي ذكرها الخرقي فوجهها ما روى ابراهيم النخعي أن مولى لحمزة مات وخلف بنتا فورث النبي ﷺ بنته النصف وجعل لبنت حمزة النصف والصحيح أن المولى كان لبنت حمزة قال عبد الله بن شداد كان لبنت حمزة مولى أعتقته فمات وترك ابنته ومولاته

لاربع سنين من حين الفرقة لم يلحق بالاب وكان ولاؤه لمولى أمه وان أتت به لاقل من ذلك لحقه الولد وانجر ولاؤه وولد الامة مملوك سواء كان من نكاح أو من سفاح عربيا كان الزوج او أعجميا ، وهذا قول عامة الفقهاء . وعن عمر ان كان زوجها عربيا فولده حر وعليه قيمته ولا ولاء عليه وعن أحمد مثله وبه قال ابن المسيب والثوري والاوزاعي وأبو ثور ، وبه قال الشافعي في القديم ثم رجع عنه ، والاول أولى لان امهم أمة ،كانوا عبيداً كما لوكان أبوهم أعجميا

[الثالث] أن يعتق العبد سيده فان مات على الرق لم ينجر الولاء بحال وهذا لاخلاف فيه فان اختلف سيد العبد ومولى الام في الاب بعد موته فقال سيده مات حراً بعد جر الولاء وأنكر ذلك مولى الام فالقول قول مولى الام ،ذكره أبو بكر لان الاصل بقاء الرق ، وهذا مذهب الشافعي

(فصل) فان لم يعتق الاب ولكن عتق الجد فقال أحمد لا يجر الولاء ليس هو كالاب وبهذا قال أبو حنيفة وصاحباه . وعن أحمد انه يجره وبه قال شريح والشعبي والنخعي وأهل المدينة وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وابن المبارك وأبو ثور وضرار بن صرد والشافعي في أحد قوليه فان أعتق الاب بعد ذلك جره عن موالي الجد اليه لان الجد يقوم مقام الاب في التعصيب وأحكام النسب فكذلك في جر الولاء .وقال زفر ان كان الاب حيا لم يجر الجد الولاء وان كان ميتا جره وهو القول الثاني للشافعي ولنا ان الاصل بقاء الولاء لمستحقه وانما خولف هذا الاصل للاتفاق على انه ينجر

بنت حمزة فرفع ذلك الى رسول الله ﷺ فأعطى ابنه النصف وأعطى مولاته بنت حمزة النصف قال عبد الله بن شداد أنا أعلم بها لانها أختي من أمي أمنا سلمى رواه ابن اللبان باسناده وقال هذا أصح ما روى ابراهيم ولان البنت من النساء فلا ترث بالولاء كسائر النساء فأما توريث المرأة من معتقها فليس فيه اختلاف بين أهل العلم وقد دل عليه حديث عائشة حين أرادت شراء بريرة لتعتقها ويكون ولاؤها لها فأراد أهلها اشتراط ولائها فقال النبي صلى الله عليه وسلم «أشتريها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن أعتق» متفق عليه وقال عليه الصلاة والسلام «تحوز المرأة ثلاث مواريث عتيقها ولقيطها وولدها الذي لاعنت عليه» قال الترمذي هذا حديث حسن ولان المعتقة منعمة بالاعتاق كالرجل فوجب أن تساويه في الميراث وفي حديث بنت حمزة الذي ذكرناه تنصيص على توريث المعتقة وأما معتق أبيها فهو بمنزلة عمها او عم أبيها فلا ترثه ويرثه أخوها كالنسب

ومن مسائل ذلك رجل مات وخلف ابن معتقه الميراث لابن معتقه خاصة

وعلى الرواية الاخرى يكون المال بينهما اثلاثا فان لم يخلف إلا بنت معتقه فلاشيء لها وماله لبيت المال وعلى الرواية الاخرى يكون المال لها وإن خلف اخت معتقه فلا شيء لها رواية واحدة وكذلك إن خلف ام معتقه أو جدة معتقه أو غيرهما وإن خلف أخا معتقه واخت معتقه فالميراث للاخ ولو خلف بنت معتقه وابن عم معتقه أو معتق معتقه أو ابن المعتق معتقه فالميراث له دون البنت إلا على الرواية الاخرى

يعتق الاب ، والجد لا يساويه بدليل انه لو عتق الاب بعد الجد جره عن موالي الجد اليه ولو أسلم الجد لم يتبعه ولد ولده ولان الجد يدلي بغيره ولا يستقر الولاء عليه فلم يجر الولاء كالاخ وكونه يقوم مقام الاب لا يلزم أن ينجر الولاء اليه كالاخ وعلى القول الآخر لا فرق بين الجد القريب والبعيد لان البعيد يقوم مقام الاب كقيام القريب ويقتضي هذا أنه متى عتق البعيد فجر الولاء ثم عتق من هو أقرب منه جر الولاء اليه ثم ان عتق الاب جر الولاء لان كل واحد يحجب من فوقه ويسقط تعصيبه وارثه وولايته ولو لم يعتق الجد لكن كان حراً وولده مملوك فتزوج مولاة قوم فاولدها أولاداً فولاؤهم لمولى أمهم وعند من يقول يجر الجد الولاء يكون لمولى الجد وان لم يكن الجد مولى بل كان حر الاصل فلا ولاء على ولد أبيه فان أعتق أبوه بعد ذلك لم يعد على ولده ولاء لان الحرية ثبتت له من غير ولاء فلم يتجدد عليه ولاء كالحر الاصلي

(فصل) وإذا كان أحد الزوجين الحرين حر الاصل فلا ولاء على ولدهما سواء كان الآخر عربيا أو مولى لان الام اذا كانت حرة الاصل فالولد يتبعها فيما إذا كان الاب رقيقا في انتفاء الرق والولاء فلأن يتبعها في نفي الولاء وحده أولى وإن كان الاب حر الاصل فالولد يتبعه فيما إذا كان عليه ولاء بحيث يصير الولاء عليه لمولى ابيه فلان يتبعه في سقوط الولاء عنه أولى ، وهذا قول أكثر أهل العلم وسواء كان الاب عربياً أو اعجميا وقال أبو حنيفة إن كان أعجميا والام مولاة ثبت الولاء على ولده

فان لها النصف والباقي للعصبة وإن خلف بنته ومعتقه فلبنته النصف والباقي لمعتقه كما في قضية مولى بنت حمزة حين مات وخلف بنته وبنت حمزة التي اعتقته فأعطى النبي ﷺ بنته النصف والباقي لبنت حمزة فان خلف ذا فرض سوى البنت كالام والجدة أو الاخت أو الاخ من الام أو الزوج أو الزوجة أو من لا يستغرق فرضه المال أو مولاه أو مولاته فلذي الفرض فرضه والباقي لمولاه أو مولاته في قول جمهور العلماء رجل وابنته اعتقو عبداً ثم مات الاب وخلف ابنيه وبنته فماله بينهما اثلاثا ثم مات العتيق فللبنت النصف لانها مولاة نصفه والباقي لابن المعتق خاصة الا على الرواية الضعيفة فان الباقي يكون بينهما اثلاثاً فيصير للبنت الثلثان ولاخيها الثلث وإن ماتت البنت قبل العتيق وخلفت ابنا ثم مات العتيق فلابنها النصف والباقي لاخيها ولو لم تخلف البنت إلا بنتاً كان الولاء كله لاخيها دون بنتها الا على الرواية الاخرى فان لبنتها النصف والباقي لاخيها وان مات الابن قبل العتيق وخلف بنتاً ثم مات العتيق وخلف معتقة نصفه وبنت أخيها فللمعتقة نصف ماله وباقيه لبيت المال وعلى الرواية الاخرى لها النصف باعتاقها ونصف الباقي بأنها بنت معتق النصف والباقي لعصبة أبيها ولو كانت البنت ماتت أيضاً قبل العتيق وخلفت ابنها ثم مات العتيق فلابنها النصف ولا شيء لبنت أخيها، امرأة اعتقت أباها ثم اعتق أبوها عبداً ثم مات الاب ثم العبد فمالهما لها فان كان أبوها خلف بنتا أخرى معها فلهما ثلثا مال الاب بالنسب والباقي للمعتقة

وليس بصحيح لانه حر الاصل فلم يثبت الولاء على ولده كما لو كان عربيا وسواء كان مسلما أو ذميا أو حربيا أو مجهول النسب أو معلومه وهذا قول أبي يوسف ومالك وابن شريح وقال القاضي ان كان مجهول النسب ثبت الولاء على ولده لمولى الام إن كانت مولاة قال ابن اللبان وهذا ظاهر مذهب الشافعي وقال الخبري وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وأحمد لان مقتضى ثبوته لمولى الام موجود وانما امتنع في محل الوفاق بحرية الاب فاذا لم يكن معلومه فقد وقع الشك في المانع فيبقى على الاصل ولا يزول عن اليقين بالشك ولا يترك العمل بالمقتضي مع الشك في المانع

ولنا أن الاب حر محكوم بحريته فأشبه معروف النسب ولان الاصل في الآدميين الحرية وعدم الولاء فلا يترك هذا الاصل بالوهم في حق الولد كما لم يترك في حق الاب وقولهم مقتضى ثبوته لمولى الام موجود ممنوع فانه انما ثبت لمولى الام بشرط رق الاب وهذا الشرط منتف حكما وظاهراً وان سلمنا وجود المقتضي فقد ثبت المانع حكما فان الاب حريته ثابتة حكما فلا تعويل على ما قالوه وان كان الاب مولى والام مجهولة النسب فلا ولاء عليه في قولنا وقياس قول القاضي والشافعي أن يثبت الولاء عليه لمولى ابنه لانا شككنا في المانع من ثبوته

ولنا ماذكرنا في التي قبلها ولان الام لاتخلوا من أن تكون حرة الاصل فلا ولاء على ولدها أو أمة فيكون ولدها عبداً أو مولاة فيكون على ولدها الولاء لمولى أبيه والاحتمال الاول راجح لوجهين

بالولاء ومال العبد جميعه للمعتقة دون أختها ويتخرج على الرواية الاخرى أن يكون لهما ثلثا مال العبد أيضاً وباقيه للمعتقة ولو كان الاب خلف مع المعتقة ابناً فمال الأب بينهما اثلاثاً بالبنوة ومال العبد كله للابن دون اخته المعتقة لانه يرث بالنسب والنسب مقدم على الولاء، ولو خلف الاب أخاً أو عماً أو ابن عم مع البنت فللبنت نصف ميراث أبيها وباقيه لعصبته ومال العبد لعصبته ولا شيء لبنته فيه لأن العصبة من النسب مقدم على المعتق في الميراث إلا على رواية الخرقي فان للبنت نصف ميراث العبد لكونها بنت المعتق وباقيه لعصبته

(مسئلة) (ولا يرث من الولاء ذو فرض إلا الاب والجد يرثان السدس مع الابن)

نص أحمد على هذا في رواية جماعة من أصحابه وكذلك قال في جد المعتق وابنه وقال ليس الجد والاخ والابن من الكبر في شيء يجريهم على الميراث وهذا قول شريح والنخعي والاوزاعي والعنبري وأسحاق وأبي يوسف وروي عن زيد أن المال للابن وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والشعبي والحسن والحكم وقتادة وحماد والزهري ومالك والثوري وأبوحنيفة ومحمد والشافعي وأكثر الفقهاء لان الابن أقرب العصبة والاب والجد يرثان معه بالفرض ولا يرث بالولاء ذو فرض بحال

ولنا أنه عصبة وارث فاستحق من الولاء كالاخوين ولانسلم أن الابن أقرب من الاب بل هما في القرب سواء وكلاهما عصبة لا يسقط أحدهما صاحبه وإنما يتفاضلان في الميراث فكذلك في الارث بالولاء

(أحدهما) انه محكوم به في الام فيجب الحكم به في ولدها (الثاني) أنه معتضد بالاصل فان الاصل الحرية ثم لو لم يترجح هذا الاحتمال لكان الاحتمال الذي صاروا اليه معارضاً باحتمالين كل واحد منهما مساو له فترجيحه عليهما تحكم لا يجوز المصير اليه بغير دليل وهذا وارد عليهم في المسئلة الاولى أيضا .

(فصل) إذا تزوج معتق بمعتقة فأولدها ولدين فولاؤهما لمولى أبيهما فان نفاهما باللعان عاد ولاؤهما الى مولى أمهما فان مات أحدهما فميراثه لامه ومواليها فان اكذب أبوهما نفسه لحقه نسبهما واسترجع الميراث من موالي الام ولو كان ابوهما عبداً ولم ينفهما وورث موالي الام الميت منهما ثم أعتق الاب انجر الولاء الى موالي الاب ولم يكن لهم ولاء وللاب استرجاع الميراث لان الولاء أنما ثبت لهم عند اعتاق الاب ويفارق الاب إذا أكذب نفسه لان النسب ثبت من حين خلق الولد

(فصل) واذا تزوج عبد معتقة فاستولدها أولاداً فهم أحرار وولاؤهم لموالي أمهم فان اشترى أحدهم أباه عتق عليه وله ولاؤه ويجر اليه ولاء أولاده كلهم ويبقى ولاء المشتري لمولى أمه لانه لا يكون مولى نفسه ، وهذا قول جهور الفقهاء مالك في اهل المدينة وأبو حنيفة في اهل العراق والشافعي وشذ عمر بن دينار المدني فقال يجر ولاء نفسه فيصير حراً لا ولاء عليه قال ابن شريح ويحتمله قول الشافعي ولا يعول على هذا القول لشذوذه ولانه يؤدي الى أن يكون الولاء ثابتا على أبويه دونه مع كونه

ولذلك يقدم الاب على الابن في الولاية والصلاة على الميت وغيرهما وحكم الاب مع ابن الابن وان سفل وحكم الجد وان علا مع الابن وابنه سواء

﴿مسئلة﴾ والجد يرث الثلث مع الاخوة إن كان أحظ له اذا خلف المعتق أخاه وجده فالولاء بينهما نصفين

وبه قال عطاء والليث ويحيي الانصاري وهو قول للشافعي وقول الثوري وأبي يوسف ومحمد والذين جعلوا الجد أبا جعلوه أولى من الاخ وورثوه وحده وروي عن زيد أن المال للاخ وهو قول مالك والشافعي لان الاخ ابن الاب والجد أبوه والابن أحق من الاب

ولنا أنهما عصبتان يرثان المال نصفين فكان الولاء بينهما نصفين كالآخرين وإن ترك جد مولاه وابن أخي مولاه فالمال للجد في قول الجميع إلا مالكا جعل الميراث لابن الاخ وإن سفل وقاله الشافعي أيضاً لان ابن الابن يقدم على الاب وإن سفل وليس هذا صواباً فان الجد يقدم على ابن الاخ في الميراث فكيف يقدم عليه ههنا؟ ولان الجد أولى بالمعتق من ابن الاخ فيرث مولاه لقول النبي صلى الله عليه وسلم «المولى أخ في الدين وولي نعمة يرثه أولى الناس بالمعتق» والدليل على ان الجد أولى أنه يرث ابن ابنه دون ابن الاخ فيكون أولى لقول النبي صلى الله عليه وسلم «الحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر» وفي لفظ «فلأولى عصبة ذكر» ولان الجد أب فيقدم على ابن الاخ

مولوداً لهما في حال رقهما أو في حال ثبوت الولاء عليهما وليس لنا مثل هذا في الاصول ولا يمكن ان يكون مولى نفسه يعقل عنها ويرثها ويزوجها لكن لو اشترى هذا الولد عبداً فأعتقه ثم اشترى العبد أبا معتقه فأعتقه فانه ينجر اليه ولاء سيده فيكون لهذا الولد على معتقه الولاء باعتاقه اياه والعتيق ولاء معتقه بولائه على أبيه وجره ولاءه باعتاقه اياه ولا يمتنع مثل هذا كما لو أعتق الحربي عبداً فأسلم ثم أسر سيده وأعتقه صار كل واحد منهما مولى الآخر من فوق ومن أسفل ويرث كل واحد منهما الآخر بالولاء وكما جاز أن يشتركا في النسب فيرث كل واحد منهما صاحبه به كذلك الولاء، وإن تزوج ولد المعتقة معتقة فأولدها ولداً فاشترى جده عتق عليه وله ولاؤه ويجر اليه ولاء أبيه وسائر أولاد جده وهم عمومته وعماته وولاء جميع معتقيهم ويبقى ولاء المشتري لمولى أم ابيه، وعلى قول عمرو بن دينار يبقى حراً لا ولاء عليه.

(فصل) اذا تزوج عبد بمعتقة فأولدها ولداً فتزوج الولد بمعتقة رجل فأولدها ولداً فولاء هذا الولد الآخر لمولى أم أبيه في أحد الوجهين لان له الولاء على أبيه فكان الولاء له عليه كما لو كان مولى جده ولان الولاء الثابت على الاب يمنع ثبوت الولاء لمولى الام

(والوجه الثاني) ولاؤه لمولى أمه لان الولاء الثابت على ابنه من جهة أمه ومثل ذلك ثابت في

كالاب الحقيقي فان اجتمع اخوة وجد فميراث المولى بينهم كمال سيده إن زادوا على اثنين فللجد ثلث ماله لانه أحظ له وإن اجتمع أخوة من أبوين واخوة من أب عاد الاخوة من الابوين الجد بالاخوة من الاب ثم يأخذ ولد الابوين ما حصل لولد الاب كالميراث وقال ابن شريح يحتمل أنه بينهم على عددهم ولا يعاد ولد الابوين الجد بولد الاب.

ولنا أنه ميراث بين الجد والاخوة أشبه الميراث بالنسب فان كان مع الاخوة اخوات لم يعتد بهن لانهن لا يرثن منفردات فلا يعتد بهن كالاخوة من الام وإن انفرد ولد الاب مع الجد فهم كولد الابوين

(فصل) فان ترك جد مولاه وعم مولاه فهو للجد وكذلك إن ترك جد أبي مولاه أو جد جد مولاه وعم مولاه فهو للجد وبه يقول الثوري والاوزاعي وأهل العراق وقال الشافعي هو للعم وبنيه وان سفلوا دون الاب وهو قياس قول مالك قال الشافعي ومن جعل الجد والاخ سواء فجد الاب والعم سواء وهو أولى من ابن العم

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «يرثه أولى الناس بالمعتق» فالجد أولى بالمعتق بدليل أنه أولى الناس بماله وولايته ويقدم في تزويجه والصلاة عليه وغير ذلك والعجب أن الشافعي رحمه الله تعالى ترك الجد أباً في ولاية المال والاجبار على النكاح ووافق غيره في وجوب الانفاق عليه وله وعتقه على ابن ابنه وعتق ابن ابنه عليه وانتفاء القصاص عنه بقتل ابن ابنه والحد بقذفه وغير ذلك من أحكام الاب ثم جعل ابعد العصبات أولى منه بالولاء

حق نفسه وما ثبت في حقه أولى مما ثبت في حق أبيه ألا ترى أنه لو كان له مولى ولابيه مولى كان مولاه أحق به من مولى أبيه فان كان له مولى أم ومولى أم أب ومولى أم جد وجدة مملوك فعلى الوجه الاول يكون لمولى أم الجد وعلى الثاني يكون لمولى الام

(فصل) وإن تزوج معتق بمعتقة فأولدها بنتا وتزوج عبد بمعتقة فأولدها ابنا فتزوج هذا الابن بنت المعتقين فأولدها ولداً فولاء هذا الولد لمولى أم أبيه لان له الولاء على أبيه، وإن زوجت بنت بمملوك فولاء ولدها لمولى أبيها لان ولاءها له فان كان أبوها ابن مملوك ومعتقة فالولاء لمولى أم أبي الام على الوجه الاول لان مولى أبي الام يثبت له الولاء على أبي الام فكان مقدما على المعتقين أمها ويثبت له الولاء عليها

﴿ فصل في دور الولاء ﴾

اذا تزوج عبد معتقة فأولدها بنتين فاشترتا أباهما عتق عليهما ولهما عليه الولاء وتجر كل واحدة منهما نصف ولاء أختها اليها لانها أعتقت نصف الاب ولا ينجر الولاء الذي عليها ويبقى نصف ولاء كل واحدة منهما لمولى أمها فان مات الاب فماله لهما ثلثاه بالبنوة وباقيه بالولاء فان ماتت احداهما بعد ذلك فلاختيها النصف بالنسب ونصف الباقي بانها مولاة نصفها فصار لها ثلاثة أرباع مالها والربع الباقي لمولى أمها فان كانت إحداهما ماتت قبل أبيها فمالها لابيها ثم اذا مات الاب فللباقية نصف ميراث

﴿مسألة﴾ (والولاء لا يورث وإنما يورث به)

وهذا قول الجمهور روي نحو ذلك عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وابن عمر واسامة بن زيد وأبي مسعود البدري وأبي ابن كعب وبه قال عطاء وطاوس وسالم والزهري والحسن وابن سيرين وقتادة والشعبي وابراهيم ومالك والشافعي وأهل العراق وداود. وشذ شريح فجعله موروثاً كالمال لانه روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال ما أحرزه الولد والوالد فهو لعصبته من كان

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «انما الولاء لمن أعتق» وقوله «الولاء لحمة كلحمة النسب» والنسب يورث به ولا يورث فكذلك الولاء ولأن الولاء انما يحصل بانعام السيد على عبده بالعتق وهذا المعنى لاينتقل عن المعتق فكذلك الولاء ورواه حنبل ومحمد بن الحكم عن أحمد وغلطهما أبو بكر وهو كما قال فان الجماعة رووا عن أحمد مثل ما ذكرنا من قول الجمهور وقد روى سعيد باسناده عن الزهري عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «المولى أخ في الدين ومولى نعمة» وأولى الناس بميراثه أقربهم من المعتق» ولانه قول من سمينا من الصحابة ولم يظهر عنهم خلافه ولا يصح قياسه على المال لأن الولاء لا يورث بدليل أنه لا يرث منه ذوو الفروض بخلاف المال فعلى هذا ينظر أقرب العصبات الى المعتق يوم موت العتيق فيكون هو الوارث للمولى دون غيره كما أن السيد لو مات في تلك الحال ورثه وحده

أبيها فالها لأبيها، ثم اذا مات الاب فللباقية نصف ميراث أبيها لكونها بنته ونصف الباقي وهو الربع لكونها مولاة نصفه يبقى الربع لموالي البنت التي ماتت قبله فنصفه لهذه البنت لانها مولاة نصف أختها صار لها سبعة أثمان ميراثه ولمولى أم الميتة الثمن فان ماتت البنت الباقية بعدهما فالها لمواليها نصفه لمولى أمها ونصفه لمولى أختها الميتة وهم أختها وموالي أمها فنصفه لمولى أمها وهو الربع والربع الباقي يرجع إلى هذه الميتة فهذا الجزء دائر لانه خرج من هذه الميتة ثم دار اليها فقال القاضي يجعل في بيت المال لانه لامستحق له نعلمه وهذا قول محمد بن الحسن وقياس قول مالك والشافعي

وقال بعض الشافعية وبعض المدنيين هو لمولى أم الميتة وهذا قول الجمهور وهاتان المسئلتان أصل في دور الولاء وفيها أقوال شاذة سوى ماذكرناه وهذا أصح ماقيل فيها إن شاء الله فان ماتت الابنتان قبل الاب ورث مالهما بالنسب فان مات بعدهما فماله يقسم على ثمانية أسهم لكل واحدة من ابنتيه أربعة أسهم سهمان لمولى أمها وسهمان لمولى أختها يقسمان أيضا لموالي أمها سهم وسهم دائر يرجع إلى بيت المال فيحصل لبيت المال الربع ولمولى أمها ثلاثة أرباع فان كن ثلاثا ماتت احداهن قبل الاب والاخرى بعده فمال الاب على سبعة وعشرين لابنتيه ثلثاها بالنسب وثلثا الباقي بولائهما عليه وثلثا الباقي بولائها على أختهما ويبقى لمولى الام سهم، ومال الثانية على ثمانية عشر للحية تسعة بالنسب وثلاثة بولائها عليها ولمولى أمها ثلاثة ويبقى ثلاثة لموالي الميتة الاولى للحية سهم ولمولى أمها سهم ويبقى سهم دائر فمن جعله لبيت المال دفعه اليه

﴿مسئلة﴾ (ولايباع ولا يوهب)

لايصح بيع الولاء ولا هبته ولا أن يأذن لمولاه فيوالي من شاء روى ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وبه قال سعيد بن المسيب وطاوس واياس بن معاوية والزهري ومالك والشافعي وأبوحنيفة وأصحابه وكره جابر بن عبد الله بيع الولاء وروى سعيد باسناده عن عبيد الله أنه قال إنما الولاء كالنسب فيبيع الرجل نسبه وقد روى سعيد باسناده عن سفيان عن عمرو وابن دينار ان ميمونة وهبت ولاء سليمان بن يسار لابن عباس وكان مكاتباً وروي أن ميمونة وهبت مواليها للعباس وولاؤهم اليوم لهم وان عروة ابتاع ولاء طهمان لورثة مصعب بن الزبير وقال ابن جريج قلت لعطاء أذنت لمولاي أن يوالي من شاء فيجوز ؟ قال نعم

ولنا أن النبي ﷺ نهى عن بيع الولاء وعن هبته وقال «الولاء لحمة كلحمة النسب» وقال لعن الله من تولى غير مواليه ولانه معنى يورث به فلا ينتقل كالقرابة وفعل هؤلاء شاذ مخالف قول الجمهور وترده السنة فلا يعول عليه فعلى هذا لا ينتقل الولاء عن المعتق لموته ولا يرثه ورثته انما يرثون المال به مع بقائه للمعتق وهذا قول الجمهور على ماذكرنا

﴿مسئلة﴾ (وهو للكبر فاذا مات المعتق وخلف عتيقة وابنين فمات أحد الابنين عن ابن ثم مات المولى فالميراث لابن معتقه

ومن جعله لمولى الام فهو له ومن لم يدفعه قسمه بين الحية ومولى الام نصفين ورجع بالاختصار إلى أربعة فان كانت أمها تهن شتي فمن اثني عشر فان اشترى الابنتان أباهما ثم اشترى أبوهما هو والكبرى جدهما ثم مات الاب فماله بينهم أثلاثا ثم اذا مات الجد وخلف ابنتي ابنه فلهما الثلثان وللكبرى نصف الباقي لكونها مولاة نصفه يبقى السدس لموالى الاب لأنه مولي نصف الجد وهم ابنتاه فيحصل للكبرى ثلث المال وربعه ، وللصغرى ربعه وسدسه فان كانت بحالها فاشترت الكبرى وأبوها أخاهما لا بيهما فالجواب فيها كالتي قبلها

باب ميراث الولاء

يعني والله أعلم الميراث بالولاء واضاف الميراث اليه لانه سببه فان الشيء يضاف إلى سببه كما يقال دية الخطأ ودية العمد وانما قلنا ذلك لان الولاء لا يورث وانما يورث به وهذا قول الجمهور روي نحو ذلك عن عمر وعثمان وعلي وزيد بن مسعود وابن عمر واسامة بن زيد وابن مسعود البدري وأبي بن كعب وبه قال عطاء وطاووس وسالم والزهري والحسن وابن سيرين وقتادة والشعبي وابراهيم ومالك والشافعي واهل العراق وداود وجعل شريح الولاء موروثا كالمال ولنا قول النبي ﷺ انما الولاء لمن اعتق وقوله الولاء لحمة كلحمة النسب والنسب يورث به ولا يورث فكذلك الولاء ولان الولاء انما يحصل بانعام السيد على المعتق وهذا

لان الولاء للكبر ولو مات الابنان بعده وقبل العتيق وخلف أحدهما ابنا والآخر تسعة كان الولاء بينهم على عددهم لكل واحد عشرة وهذا قول أكثر أهل العلم قال أحمد روي هذا عن عمر وعثمان وعلي وزيد وابن مسعود وروي سعيد ثنا هشيم ثنا أشعث بن سوار عن الشعبي ان عمر وعليا وابن مسعود وزيداً كانوا يجعلون الولاء للكبر وروي ذلك عن ابن عمر وأبي بن كعب وأبي مسعود البدري وأسامة بن زيد وبه قال عطاء وطاوس وسالم بن عبد الله والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي والزهري وقتادة ومالك والثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وداود كلهم قالوا الولاء للكبر وتفسيره أنه يرث المعتق من عصبات سيده أقربهم اليه وأولاهم بميراثه يوم موت العبد قال ابن سيرين اذا مات المعتق نظر الى أقرب الناس الى الذي أعتقه فيجعل ميراثه له واذا مات السيد قبل مولاه لم ينتقل الولاء الى عصبته لان الولاء كالنسب لا ينتقل ولا يورث وانما يورث به فهو باق للمعتق أبداً لا يزول عنه بدليل قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق وقوله الولاء لحمة كلحمة النسب وانما يرث عصبة السيد مال مولاه بولاء معتقه لا نفس الولاء ويتضح ذلك بالمسألتين اللتين ذكرناهما ههنا وهما اذا مات رجل عن ابنين ومولى فمات أحد الابنين بعده عن ابن ثم مات المولى ورثه ابن معتقه دون ابن ابن معتقه لان ابن المعتق أقرب عصبة سيده فلو مات السيد وخلف ابنه وابن ابنه ورثه ابنه دون ابن ابنه فكذلك اذا مات المولى والمسئلة الاخرى اذا مات الابنان

المعنى لا ينتقل عن المعتق فكذلك الولاء (مسئلة) قال ولا يرث النساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن وقد روي عن أبي عبد الله رحمه الله في بنت المعتق خاصة انها ترث لما روي عن النبي ﷺ انه ورث بنت حمزة من الذي اعتقه حمزة قوله ولا يرث النساء من الولاء لما قدمنا من ان الولاء لا يورث ولهذا قال الا ما اعتقن ومعتقهن ولاؤه لمن فكيف يرثنه ؟ والظاهر من المذهب ان النساء لا يرثن بالولاء الا ما اعتقن أو أعتق من أعتقن وجر الولاء اليهن من اعتقن والكتابة كذلك فانها اعتاق قال القاضي هذا ظاهر كلام احمد والرواية التي ذكرها الخرقي في ابنة المعتق ماوجدتها منصوصة عنه وقد قال في رواية ابن القاسم وقد سأله هل كان لمولى حمزة او لابنته؟ فقال فقد نص على ان ابنة حمزة ورثت بولاء نفسها لانها هي المعتقة وهذا قول الجمهور وهو قول من سمينا في اول الباب من الصحابة والتابعين ومن بعدهم غير شريح والصحيح الاول لاجماع الصحابة ومن بعدهم عليه ولان الولاء لحمة كلحمة النسب والمولى كالنسيب من الاخ والعم ونحوهما فولده من العتيق بمنزلة ولد أخيه وعمه ولا يرث منهم إلا الذكور خاصة فأما رواية الخرقي في بنت المعتق فوجهها ما روى ابراهيم النخعي أن مولى لحمزة مات وخلف بنتاً فورث النبي ﷺ بنته النصف وجعل لبنت حمزة النصف والصحيح أن المولى كان لبنت حمزة قال عبدالله بن شداد كان لبنت حمزة مولى أعتقته فمات وترك ابنته ومولاته بنت حمزة فرفع ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعطى ابنته النصف وأعطى مولاته بنت حمزة النصف قال عبدالله بن شداد أنا أعلم بها لأنها اختي

بعد السيد وقبل مولاه وخلف أحدهما ابنا والآخر تسعة ثم مات المولى كان ميراثه بينهم على عددهم لان السيد لو مات كان ميراثه بينهم كذلك ولو كان الولاء موروثا لاختلف الحكم في المسئلتين وكان الميراث في المسئلة الاولى بين الابن وابن الابن نصفين لان الابنين ورثوا الولاء عن أبيهما ثم ماصار الى الابن الذي مات انتقل الى ابنه وفى المسألة الثانية يصير لابن الابن المنفرد نصف الولاء بميراثه ذلك عن أبيه ولبني الابن الآخر النصف بينهم على عددهم وذهب شريح إلى أن الولاء موروث كالمال يورث عن المعتق فمن ملك شيئاً في حياته فهو لورثته وحكي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس وابن المسيب وروي عن أحمد نحوه والمشهور عنه مثل قول الجمهور قال أبو الحارث سألت أبا عبدالله عن الولاء للكبر قال كذى روي عن عمر وعثمان وعلي وزيد وابن مسعود وقد ذكرنا ذلك عن شريح واجبنا عنه ولم يصح عن أحد من الصحابة خلاف هذا القول وان لم يخلف عصبة من نسب مولاه فماله لمولي مولاه ثم لاقرب عصباته ثم لمولى مولى مولاه فاذا انقرض العصبات والموالي وعصباتهم فماله لبيت المال

(مسئلة) (واذا اشترى رجل وأخته أباهما أو أخاهما عتق عليهما بالملك ثم اشترى عبداً فأعتقه ثم مات العتيق ثم مات مولاه ورثه الرجل دون أخته)

اذا اشترى رجل وأخته أباهما وأخاهما عتقا عليهما بالملك ثم اشترى عبداً فأعتقه ثم مات الاب أو

من امي امنا سلمى، رواه ابن اللبان باسناده وقال هذا أصح ، روى ابراهيم، ولأن البنت من النساء فلا ترث بالولاء كسائر النساء ، فأما توريث المرأة من معتقها ومعتق معتقها ومن جر ولاء معتقها فليس فيه اختلاف بين أهل العلم، وقد نص النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك فان عائشة أرادت شراء بريرة لتعتقها ويكون ولاؤها لها فأراد أهلها اشتراط ولائها فقال النبي صلى الله عليه وسلم «اشتريها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن أعتق» متفق عليه وقال عليه السلام «تحوز المرأة ثلاثة مواريث عتيقها ولقيطها وولدها الذي لاعنت عليه» قال الترمذي هذا حديث حسن ولأن المعتقة منعمة بالاعتاق كالرجل فوجب أن تساويه في الميراث وفي حديث مولى بنت حمزة الذي ذكرناه تنصيص على توريث المعتقة ، وأما معتق أبيها فهو بمنزلة عمها أو عم أبيها فلا ترثه ويرثه أخوها كالنسب

﴿ومن مسائل ذلك﴾ رجل مات وخلف ابن معتقه وبنت معتقه فالميراث لابن معتقه خاصة وعلى الرواية الاخرى يكون الميراث بينهما أثلاثاً فان لم يخلف إلا بنت معتقه فلا شيء لها وماله لبيت المال الاعلى الرواية الاخرى فان الميراث لها، وإن خلف اخت معتقه فلا شيء لها رواية واحدة وكذلك ان خلف ام معتقه أو جدة معتقه أو غيرهما، وإن خلف أخا معتقه واخت معتقه فالميراث للاخ ، ولو خلف بنت معتقه وابن عم معتقه أو معتق معتقه أو ابن معتق معتقه فالمال له دون البنت الاعلى الرواية الاخرى فان لها النصف والباقي للعصبة، وإن خلف بنته ومعتقه فلبنته النصف والباقي لمعتقه كما في قصة مولى

فيراثه بينهما أثلاثا بالنسب فاذا مات العبد ورثه الرجل دون أخته لانه ابن المعتق أو أخوه فورثه بالنسب وهي مولاة المعتق، وعصبة المعتق مقدم على مولاه، وعلى الرواية التي تقول إن بنت المعتق ترث إذا اشتريا أباهما يكون ميراث العبد بينهما أثلاثا، فان اشتريا أخاهما فعتق عليهما ثم اشترى عبداً فأعتقه ومات الاخ المعتق قبل موت العبد وخلف ابنه ثم مات العبد فميراثه لابن أخيها دونها لانه ابن أخي المعتق فان لم يخلف الأخ إلا بنته فنصف مال العبد للاخت لانها معتقة نصف معتقه ولا شيء لبنت الاخ رواية واحدة والباقي لبيت المال

(فصل) إذا خلف الميت بنت مولاه ومولى أبيه فماله لبيت المال لانه ثبت عليه الولاء من أجل مباشرته بالعتق ولم يثبت عليه باعتاق أبيه، واذا لم يكن لمولاه إلا بنت لم ترث لانها ليست عصبة وانما يرث عصبات المولى فاذا لم يكن له عصبة لم يرجع الى معتق أبيه وكذلك ان كان له معتق أب ومعتق جد ولم يكن هو معتقا فيراثه لمعتق أبيه إن كان ابن معتقه ثم لعصبة معتق أبيه ثم لمعتق معتق أبيه فان لم يكن له أحد منهم فلبيت المال ولا يرجع إلى معتق جده ، وان كانت أمه حرة الاصل فلا ولاء عليه وليس لمعتق أبيه شيء

(فصل) امرأة حرة لاولاء عليها وأبواها رقيقان أعتق إنسان أباها ويتصور هذا في موضعين أحدهما أن يكونوا كفاراً فتسلم هي ويسبي أبواها فيسترقا والثاني أن يكون أبوها عبداً تزوج أمة على

بنت حمزة فانه مات وخلف بنته وبنت حمزة التي أعتقته فأعطى النبي صلى الله عليه وسلم بنته النصف والباقي لمولاته، وإن خلف ذا فرض سوى البنت كالام أو الجدة أو الاخت أو الاخ من الام أو الزوج أو الزوجة أو من لا يستغرق فرضه المال أو مولاه أو مولاته فان لذي الفرض فرضه والباقي لمولاه أو مولاته في قول جمهور العلماء وقد سبق ذكر ذلك . رجل وابنته اعتقا عبداً ثم مات الاب وخلف ابنه وبنته فماله بينهما اثلاثاً ثم مات العبد فللبنت النصف لانها مولاة نصفه والباقي لابن المعتق خاصة الاعلى الرواية الضعيفة فان الباقي يكون بينهما على ثلاثة فيكون للبنت الثلثان ولاخيها الثلث، وإن ماتت البنت قبل العبد وخلفت ابنا ثم مات العبد فلابنها النصف والباقي لاخيها، ولو لم تخلف البنت إلا بنتاً كان الولاء كله لاخيها دون بنتها إلا على الرواية الاخرى فان لبنتها النصف والباقي لاخيها وإن مات الابن قبل العبد وخلف بنتاً ثم مات العبد وخلف معتقة وبنت (١) اخيها فللمعتقة نصف ماله وباقيه لبيت المال وعلى الرواية الاخرى لها النصف باعتاقها ونصف الباقي لانها بنت معتق النصف والباقي لعصبة ابنها، ولو كانت البنت ماتت أيضاً قبل العبد وخلفت ابنها ثم مات العبد فلابنها النصف ولا شيء لبنت اخيها . امرأة اعتقت أباها ثم اعتق أبوها عبداً ثم مات الاب ثم العبد فمالهما لها، فان كان أبوها خلف بنتاً اخرى معها فلهما ثلثا مال الاب بالنسب والباقي للمعتقة بالولاء ومال العبد جميعه للمعتقة دون اخيها ويتخرج على الرواية الاخرى أن يكون لهما ثلثا مال العبد أيضاً وباقيه للمعتقة، ولو كان الاب خلف مع المعتقة ابناً فمال الاب بينهما

(١) في نسخة معتقة نصفه ونصف أخيها

أنها حرة فولدتها ثم ماتت وخلفت معتق أبيها لم يرثها لانه إنما يرث بالولاء وهذه لاولاء عليها وهكذا الحكم فيما إذا تزوج عبد حرة الاصل فأولدها ولداً ثم أعتق العبد ومات ثم مات الولد فلا ميراث لمعتق أبيه لانه لا ولاء عليه ،ولوكان ابنتان على هذه الصفة اشترت إحداهما أباها فعتق عليهافلها ولاؤه وليس لها ولاء على أختها فاذا مات أبوها فلهما الثلثان بالنسب ولها الباقي بالولاء فاذا ماتت أختها فلها نصف ميراثها بالنسب وباقيه لعصبتها فان لم يكن لها عصبة فالباقي لاختها بالرد ولا ميراث لها منها بالولاء لانها لا ولاء عليها

(فصل) في جر الولاء : قال الشيخ رضي الله عنه (كل من باشر العتق أو عتق عليه لاينتقل عنه الولاء بحال لقوله عليه الصلاة والسلام « إنما الولا لمن أعتق » فأما ان تزوج العبد معتقة فاولدها فولدها منه احرار وعليهم الولاء لمولى أمهم يعقل عنهم ويرثهم اذا ماتوا لكونه سبب الانعام عليهم بعتق أمهم فصاروا لذلك أحراراً فان أعتق العبد سيده ثبت له عليه الولاء وجر اليه ولاء أولاده عن مولى أمهم لان الاب لوكان مملوكا لم يكن يصلح وارثاً ولا ولياً في نكاح فكان ابنه كولد الملاعنة ينقطع نسبه عن أبيه فيثبت الولاء لمولى أمه وانتسب اليها فاذا أعتق العبد صلح الانتساب اليه وعاد وارثا عاقلا وليا فعادت النسبة اليه والى مواليه بمنزلة مالو استحق الملاعن ولده هذا قول جمهور الصحابة والعلماء يروى هذا عن عمر وعثمان وعلي والزبير وعبد الله وزيد بن ثابت ومروان وسعيد بن المسيب

اثلاثا بالبنوة ومال العبد كله للابن دون اخته المعتقة لانه يرث بالنسب والنسب مقدم على الولاء ولو خلف الاب أخا أو عما أو ابن عم مع البنت فللبنت نصف ميراث ابيها وباقيه لعصبته ومال العبد لعصبته ولا شيء لبنته فيه لان العصبة من النسب مقدم على المعتق في الميراث الاعلى رواية الخرقي فان للبنت نصف ميراث العبد لكونها بنت المعتق وباقيه لعصبته. امرأة وأخوها اعتقا أباهما ثم اعتق أبوهما عبداً ثم مات الاب فاله بينهما اثلاثاً ثم اذا مات العبد فميراثه للابن دون اخته لانه ابن المعتق يرثه بالنسب وهي مولاة المعتق ولأن المعتق يقدم على مولاه، فان مات أخوها قبل أبيه وخلف بنتاً فماله بين ابنته وابنه نصفين ثم اذا مات الاب فقد خلف بنته وبنت ابنه وبنته ولاة نصفه فلبنته النصف ولبنت ابنه السدس ويبقى الثلث لبنته نصفه وهو السدس لانها مولاة نصفه يبقى السدس لموالي الاخ إن كان ابن معتقه وهم اخته وموالى امه فلاخته نصف السدس والنصف الباقي لمولى امه فحصل لاخيه النصف والربع والسدس، وإن لم يكن ابن معتقه بل كانت امه حرة الاصل فلا ولاء عليه وتأخذ اخته الباقي كله بالرد إن لم يخلف الاب عصبة فان خلف الاب عصبة من نسبه كأخ أو عم أو ابن عم أو عم أب فلبنته النصف والباقي لعصبته ،ولو اشترى رجل واخته أخاهما ثم اشترى أخوهما عبداً فاعتقه ثم مات أخوهما فاله بينهما اثلاثاً ثم اذا مات عتيقه فميراثه لاخيه دون اخته ، ولو مات الاخ المعتق قبل موت العبد وخلف ابنه ثم مات العبد فميراثه لابن اخيها دونها لانه ابن أخي المعتق، وان لم يخلف الاخ الابنته فنصف مال العبد للاخت لانها معتقة نصف معتقه ولا شيء لبنت الاخ رواية واحدة والباقي لبيت المال

والحسن وابن سيرين وعمر ابن عبدالعزيز والنخعي وبه قال مالك والثوري والاوزاعي والليث وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي واسحاق وأبو ثور ويروى عن رافع بن خديج أن الولاء لاينجر من موالي الام وبه قال مالك بن أوس بن الحدثان والزهري وميمون بن مهران وحميد بن عبد الرحمن وداود لان الولاء لحمة كلحمة النسب والنسب لا يزول عمن ثبت له فكذلك الولاء وقد روي عن عثمان وزيد نحو هذا وأنكرها ابن اللبان وقال مشهور عن عثمان أنه قضى بجر الولاء للزبير عن رافع بن خديج .

ولنا أن الانتساب إلى الاب فكذلك الولاء ولذلك لو كانا حرين كان ولاء ولدهما لمولى أبيه فلما كان مملوكا كان الولاء لمولى الام ضرورة فاذا أعتق الاب زالت الضرورة فعادت النسبة اليه والولاء الى مواليه وروى عبدالرحمن عن الزبير أنه لما قدم خيبر رأى فتية لعسا فأعجبه ظرفهم وجمالهم فسأل عنهم فقيل موالي رافع بن خديج وأبوهم مملوك لآل الحرقة فاشترى الزبير أباهم فاعتقه وقال لاولاده انتسبوا إلي فان ولاءكم لي فقال رافع بن خديج الولاء لي فانهم عتقوا بعتقي أمهم فاحتكموا إلى عثمان فقضى بالولاء للزبير فاجتمعت الصحابة عليه، اللعس سواد في الشفتين تستحسنه العرب ومثله اللمى قال ذوالرمة

لمياء في شفتيها حوة لعس وفي اللثات وفي أنيابها شنب

(فصل) اذا خلف الميت بنت مولاه ومولى ابيه فماله لبيت المال لانه اذا ثبت عليه الولاء من جهة مباشرته بالعتق لم يثبت عليه باعتاق ابيه واذا لم يكن لمولاه الا ابنة لم ترث لأنها ليست عصبة وإنما يرث عصبات المولى فاذا لم يكن له عصبة لم يرجع الى معتق ابيه وكذلك ان كان له معتق أب أومعتق جد ولم يكن هو معتقا فميراثه لمعتق ابيه ان كان ابن معتقه ثم لعصبة معتق ابيه ثم لمعتق معتق ابيه فان لم يكن له احد منهم فلبيت المال ولا يرجع الى معتق جده، وان كانت امه حرة الاصل فلا ولاء عليه وليس لمعتق ابيه شيء

(فصل) امرأة حرة لاولاء عليها وابواها رقيقان اعتق انسان اباها ويتصور هذا في موضعين (احدهما) ان يكون جميعهم كفاراً فتسلم هي ويسبي ابواها فيسترقان (الثاني) ان يكون ابوها عبداً تزوج امة على انها حرة فولدتها ثم ماتت وخلفت معتق ابيها لم يرثها لانه انما يرث بالولاء وهذه لاولاء عليها وهكذا الحكم فيما اذا تزوج عبد حرة الاصل فأولدها ولدا ثم اعتق العبد ومات ثم مات الولد فلا ميراث لمعتق ابيه لانه لاولاء عليه، ولو كان ابنتان على هذه الصفة اشترت احداهما اباها فعتق عليها فلها ولاؤه وليس لها ولاء على اختها، فاذا مات ابوهما فلهما الثلثان بالنسب ولها الباقي بالولاء فاذا ماتت أختها فلها نصف ميراثه بالنسب وباقيه لعصبتها فان لم يكن لها عصبة فالباقي لاختها بالرد ولا ميراث لها منها بالولاء لأنها لاولاء عليها

(فصل) ولا يرث من اقارب المعتق ذو فرض منفرد كالاخ من الام والزوج لان الولاء للعصبات

(فصل) وحكم المكاتب يتزوج في كتابته ثم يعتق حكم العبد القن في جر الولاء وكذلك المدبر والمعلق عتقه بصفة لانهم عبيد فان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم

(فصل) وإذا انجر الولاء إلى موالي الاب ثم انقرضوا عاد الولاء الى بيت المال ولم يعد إلى موالي الام بحال في قول أكثر أهل العلم، وحكي عن ابن عباس أنه يعود إلى موالي الام والاول أصح لان الولاء جرى مجرى الانتساب ولو انقرض الاب وآباؤه لم تعد النسبة إلى الام كذلك الولاء إذا ثبت هذا فولدت بعد عتق الاب كان ولاء ولدها لموالي أبيه بلا خلاف فان نفاه باللعان عاد ولاؤه إلى موالي الام لانا تبينا أنه لم يكن له أب ينتسب اليه فان عاد فاستلحقه عاد الولاء إلى موالي الاب.

(فصل) ولا ينجر الولاء إلا بشروط ثلاثة.

(أحدها) أن يكون الاب عبداً حين الولادة فان كان حراً وزوجته مولاة لم يخل إما أن يكون حر الاصل فلا ولاء على ولده بحال وإن كان مولى ثبت الولاء على ولده لمواليه أبداً ولا جر فيه

(الثاني) أن تكون الام مولاة فان لم تكن كذلك لم يخل إما أن يكون حر الاصل فلا ولاء على ولدها بحال وهم أحرار بحريتها أو تكون أمة فولدها رقيق لسيدها فان أعتقهم فولاؤهم له لا ينجر عنه بحال سواء أعتقهم بعد ولادتهم أو أعتق أمهم حاملا بهم فعتقوا بعتقها لان الولاء ثبت بالعتق مباشرة فلا ينجر عن المعتق لقوله عليه الصلاة والسلام « إنما الولاء لمن أعتق » وإن أعتقها المولى

وليس هؤلاء عصبات فحكمهم حكم النساء وقد روى عن احمد انه قال لا يرث النساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن الا ان الملاعنة ترث من اعتق ابنها وهذا يخرج على الرواية التي تقول ان الملاعنة عصبة ابنها وهي احق بالميراث من عصبتها فترث لكونها عصبة قائمة مقام ابيه فأما على الرواية الاخرى فان الولاء يكون لعصبتها

﴿ مسئلة ﴾ قال (والولاء لاقرب عصبة المعتق)

وجملة ذلك ان المولى العتيق اذا لم يخلف من نسبه من يرث ماله كان ماله لمولاه على ما أسلفناه فان كان مولاه ميتاً فهو لأقرب عصبته سواء كان ولدا او ابا اواخاً اوعماً او ابن عم أو عم اب ، وسواء كان المعتق ذكراً او انثى، فان لم يكن له عصبة من نسبه كان الميراث لمولاه ثم لعصباته الاقرب فالاقرب ثم لمولاه وكذلك ابداً روي هذا عن عمر رضي الله عنه وبه قال الشعبي والزهري وقتادة ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وابو حنيفة وصاحباه ،وقد روي عن علي مايدل على ان مذهبه في امرأة ماتت وخلفت ابنها واخاها او ابن اخيها ان ميراث مواليها لاخيها وابن اخيها دون ابنها وروي عنه الرجوع الى مثل قول الجماعة فروي عن ابراهيم انه قال اختصم علي والزبير في موالي صفية بنت عبد المطلب فقال علي أنا أحق بهم انا ارثهم واعقل عنهم وقال الزبير هم موالي امي وانا ارثهم فقضى عمر للزبير بالميراث

فأتت بولد لدون ستة أشهر فقد مسه الرق وعتق بالمباشرة فلا ينجر ولاؤه وإن أتت به لأكثر من ستة أشهر مع بقاء الزوجية لم يحكم بمس الرق له وانجر ولاؤه لانه يحتمل أن يكون حادثاً بعد العتق فلم يمسه الرق ولم يحكم برقه بالشك وإن كانت المرأة بائناً وأتت بولد لأربع سنين من حين الفرقة لم يلحق بالأب كان من نكاح أو سفاح عربياً كان الزوج أو أعجمياً وهذا قول عامة الفقهاء . وعن عمر إن كان زوجها عربياً فولده حر وعليه قيمته ولا ولاء عليه . وعن احمد مثله وبه قال ابن المسيب والثوري والاوزاعي وأبو ثور والشافعي في القديم ثم رجع عنه والاول أولى لان أمهم أمة فكانوا عبيداً كما لو كان أبوهم أعجمياً .

(الثالث) أن يعتق العبد سيده فان مات على الرق لم ينجر الولاء بحال وهذا لا خلاف فيه فان اختلف سيد العبد ومولى الام في العبد بعد موته فقال سيده مات حراً بعد جر الولاء وأنكر ذلك مولى الام فالقول قول مولى الام ذكره أبو بكر لان الاصل بقاء الرق وهذا مذهب الشافعي .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أعتق الجد لم يجر ولاءهم في أصح الروايتين وعنه يجره)

قال احمد رحمه الله الجد لا يجر الولاء ليس هو كالأب وبهذا قال أبو حنيفة وصاحباه وعن أحمد أنه يجره وبهذا قال شريح والشعبي والنخعي وأهل المدينة وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وابن المبارك وأبو ثور وضرار بن صرد والشافعي في أحد قوليه فان أعتق الاب بعد ذلك جره عن

والعقل على علي رواه سعيد قال حدثنا ابو معاوية ثنا عبيدة الضبي عن ابراهيم وقال حدثنا هشيم ثنا الشيباني عن الشعبي قال قضى بولاء موالى صفية للزبير دون العباس وقضى عمر في موالى ام هانيء بنت ابي طالب لابنها جعدة بن هبيرة دون علي ، وروى الامام احمد باسناده عن زياد بن أبي مريم ان امرأة اعتقت عبدا لها ثم توفيت وتركت ابنا لها واخاها ثم توفي مولاها من بعدها فاتى اخو المرأة وابنها رسول الله ﷺ في ميراثه فقال عليه السلام « ميراثه لابن المرأة » فقال أخوها يارسول الله لوجر جريرة كانت علي ويكون ميراثه لهذا ؟ قال نعم وروى باسناده عن سعيد بن المسيب ان رسول الله ﷺ قال « المولى اخ في الدين ومولى النعمة يرثه اولى الناس بالمعتق » اذا ثبت هذا فان المعتقة اذا ماتت وخلفت ابنها واخاها او ابن اخيها ثم مات مولاها فميراثه لابنها وان مات ابنها بعدها وقبل مولاها وترك عصبة كاعمامه وبنى اعمامه ثم مات العبد وترك اخا مولاته وعصبة ابنها فميراثه لاخي مولاته لانه أقرب عصبة المعتق فان المرأة لو كانت هي الميتة لورثها اخوها وعصبتها فان انقرض عصبتها كان بيت المال احق به من عصبة ابنها يروى نحو هذا عن علي وبه قال ابان بن عثمان وقبيصة بن ذؤيب وعطاء وطاوس والزهري وقتادة ومالك والشافعي واهل العراق وروي عن علي رواية أخرى انه لعصبة الابن وروي نحو ذلك عن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب وبه قال شريح وهذا يرجع الى أن الولاء لايورث كما يورث المال وقد روي عن احمد نحو هذا واحتجوا بان عمرو بن

موالي الجد اليه لان الجد يقوم مقام الاب في التعصيب وأحكام النسب كذلك في جر الولاء وقال زفر إن كان الاب حياً لم يجر الجد الولاء وإن كان ميتاً جره وهو القول الثاني للشافعي

ولنا أن الاصل بقاء الولاء لمستحقه وإنما خولف هذا الاصل للاتفاق على أنه ينجر بعتق الاب والجد لا يساويه بدليل أنه لو عتق الاب بعد الجد جره عن مولى الجد اليه ولانه لو اسلم الجد لم يتبعه ولد ولده ولان الجد يدلي بغيره ولا يستقر الولاء عليه فلم يجر الولاء كالاخ وكونه يقوم مقام الاب لا يلزم أن ينجر اليه الولاء كالاخ ، وإن قلنا انه ينجر فلا فرق بين القريب والبعيد لان البعيد يقوم مقام القريب ويقتضي هذا أنه متى عتق البعيد فجر الولاء ثم عتق من هو أقرب منه جر الولاء اليه ثم إن عتق الاب جر الولاء لان كل واحد يحجب من فوقه ويسقط تعصيبه وارثه وولايته، ولو لم يعتق الجد لكن كان حراً وولده مملوك فتزوج مولاة قوم فأولدها أولاداً فولاؤهم لمولى أمهم وعند من يقول يجر الجد الولاء يكون لمولى الجد فان لم يكن الجد مولى بل كان حر الاصل فلا ولاء على ولد ابنه فان أعتق أبوه بعد ذلك لم يعد على ولده ولاء لان الحرية ثبتت له من غير ولاء فلم يتجدد عليه ولاء كالحر الاصلي

(فصل) إذا تزوج معتق بمعتقة فأولدها ولدين فولاؤهما لمولى أبيهما فان نفاهما باللعان عاد ولاؤهما الى مولى أمهما فان مات أحدهما فميراثه لامه ومواليها فان أكذب أبوهما نفسه لحقه نسبهما واسترجع الميراث من مولى الام،ولو كان أبوهما عبداً أو لم ينفهما وورث موالي الام الميت منهما ثم أعتق الاب

شعيب روى عن أبيه عن جده أن رئاب بن حذيفة تزوج امرأة فولدت له ثلاثة غلمة فماتت أمهم فورثوا عنها ولاء مواليها وكان عمرو بن العاص عصبة بنيها فأخرجهم إلى الشام فماتوا فقدم عمرو بن العاص ومات مولاها وترك مالا فخاصمه اخوتها الى عمر فقال قال رسول الله ﷺ « ما أحرز الوالد والولد فهو لعصبته من كان » قال وكتب له كتابا فيه شهادة عبد الرحمن بن عوف وزيد بن ثابت ورجل آخر قال فنحن فيه إلى الساعة رواه أبو داود وابن ماجه في سننهما، والصحيح الاول فان الولاء لا يورث على ما ذكرنا من قبل وانما يورث به وهو باق للمعتق يرث به أقرب عصباته ومن لم يكن من عصباته لم يرث شيئاً وعصبات الابن غير عصبات أمه فلا يرث الأجانب منها بولائها دون عصباتها وحديث عمرو بن شعيب غلط قال حميد الناس يغلطون عمرو بن شعيب في هذا الحديث، فعلى هذا لا يرث المولى العتيق من أقارب معتقه إلا عصباته الاقرب منهم فالاقرب على ما ذكرنا في ترتيب العصبات، ولا يرث ذو فرض بفرضه ولا ذو رحم، فان اجتمع لرجل منهم فرض وتعصيب كالاب والجد والزوج والأخ من الام إذا كانا ابني عم ورث بما فيه من التعصيب ولم يرث بفرضه شيئاً وان كان عصبات في درجة واحدة كالبنين وبنيهم والاخوة وبنيهم والاعمام وبنيهم اقتسموا الميراث بينهم بالسوية وهذا كله لا خلاف فيه سوى ما ذكرنا من الاقوال الشاذة والله أعلم

لم يجر الولاء إلى موالي الاب ولم يكن لهم ولا للاب استرجاع الميراث لان الولاء إنما ثبت لهم عند إعتاق الاب ويفارق الاب إذا أكذب نفسه لان النسب يثبت من حين خلق الولد .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن اشترى الابن أباه عتق عليه وله ولاؤه وولاء اخوته ويبقى ولاؤه لمولى أمه لانه لا يجر ولاء نفسه)

وهذا قول جمهور الفقهاء مالك في أهل المدينة ، وابو حنيفة في أهل العراق والشافعي وشذ عمرو ابن دينار المدني فقال يجر ولاء نفسه فيصير حراً لاولاء عليه، قال ابن شريح ويحتمله قول الشافعي ولا تعويل على هذا القول لشذوذه ولانه يؤدي إلى أن يكون الولاء ثابتاً على أبويه دونه مع كونه مولوداً لهما في حال رقهما أو في حال ثبوت الولاء عليهما وليس لنا مثل هذا في الاصول ولا يمكن أن يكون مولى نفسه يعقل عنها ويرثها ويزوجها

﴿مسئلة﴾ (وإن اشترى هذا الولد عبداً فأعتقه ثم اشترى العبد أبا معتقه فأعتقه فانه يجر ولاء سيده)

فيكون لهذا الولد على معتقه الولاء باعتاقه إياه وللعتيق ولاء معتقه بولائه على أبيه فصار كل واحد منهما مولى الآخر، مثل ذلك لو اعتق الحربي عبداً فأسلم ثم أسر سيده فأعتقه صار كل واحد منهما مولى الآخر من فوق ومن أسفل ويرث كل واحد منهما الآخر بالولاء فانه كما جاز أن يشتركا في النسب فيرث كل واحد منهما صاحبه كذلك الولاء

(فصل) وان تزوج ولد المعتقة معتقة وأولدها ولداً فاشترى جده عتق عليه وله ولاؤه ويجر اليه

﴿ مسألة ﴾ قال: (واذا مات المعتق وخلف ابا معتقه وابن معتقه فلأب معتقه السدس وما بقي فللابن)

نص أحمد على هذا في رواية جماعة من أصحابه وكذلك قال في جد المعتق وابنه وقال ليس الجد والأخ والابن من الكبر في شيء يجزيهم على الميراث وهذا قول شريح والنخعي والاوزاعي والعنبري واسحاق وأبي يوسف ويروى عن زيد أن المال للابن وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والشعبي والحسن والحكم وقتادة وحماد والزهري ومالك والثوري وأبو حنيفة ومحمد والشافعي وأكثر الفقهاء لان الابن أقرب العصبة والاب والجد يرثان معه بالفرض ولا يرث بالولاء ذو فرض بحال

ولنا أنه عصبة وارث فاستحق من الولاء كالاخوين ولا نسلم أن الابن أقرب من الاب بل هما في القرب سواء وكلاهما عصبة لا يسقط أحدهما صاحبه وانما هما يتفاضلان في الميراث فكذلك في الارث بالولاء ولذلك يقدم الاب على الابن في الولاية والصلاة على الميت وغيرهما وحكم الاب مع ابن الابن وان سفل حكم الجد وان على مع الابن وابنه سواء

﴿ مسألة ﴾ قال (وان خلف أخا معتقه وجد معتقه فالولاء بينهما نصفين)

وبهذا قال عطاء والليث ويحيى الانصاري ومال اليه الاوزاعي وهو قول الشافعي وقول الثوري

ولاء أبيه وسائر أولاد جده وهم عمومته وعماته وولاء جميع معتقهم ويبقى ولاء المشتري لمولى أم أبيه وعلى قول عمرو بن دينار يبقى حراً لاولاء عليه

(فصل) وان تزوج عبد بمعتقة فأولدها ولداً فتزوج الولد بمعتقة رجل فأولدها ولداً فولاء هذا الولد الآخر لمولى أم أبيه في أحد الوجهين لان له الولاء على أبيه فكان له عليه كما لو كان مولى جده، ولان الولاء الثابت على الاب يمنع ثبوت الولاء لمولى الام (والوجه الثاني) ولاؤه لمولى أمه لان الولاء الثابت على أبيه من جهة أمه ومثل ذلك ثابت في حق نفسه وما ثبت في حقه أولى مما ثبت في حق أبيه ألا ترى أنه لو كان له مولى ولابيه مولى كان مولاه أحق به من موالي ابيه فان كان له مولى أم ومولى أم اب ومولى أم جد وجد أبيه مملوك فعلى الوجه الاول يكون لمولى ام الجد وعلى الثاني يكون لمولى الام .

(فصل) ولو تزوج معتق بمعتقة فأولدها بنتا وتزوج عبد بمعتقة فأولدها ابناً فتزوج هذا الابن بنت المعتقين فأولدها ولداً فولاء هذا الولد لمولى أم أبيه لان له الولاء على أبيه وان تزوجت بنت المعتقين بمملوك فولاء ولدها لمولى أبيها لان ولاءها له، فان كان أبوها ابن مملوك ومعتقة فالولاء لمولى أم أبي الام على الوجه الاول لان مولى أم ابي الام يثبت له الولاء على أبي الام فكان مقدما على امها وثبت له الولاء عليها

وأبي يوسف ومحمد والذين نزلوا الجد أبا جعلوا الجد أولى وورثوه وحده وروي عن زيد أن المال للأخ وهو قول مالك والشافعي لان الاخ ابن الاب والجد أبوه والابن أحق من الاب

ولنا أنهما عصبتان يرثان المال نصفين فكان الولاء بينهما نصفين كالاخوين وإن ترك جد مولاه وابني أخي مولاه فالمال لجده في قولهم جميعا إلا مالك جعل الميراث لابن الاخ وان سفل، وقاله الشافعي أيضا لان ابن الابن وإن سفل يقدم على الاب وليس هذا بصواب فان ابن الاخ محجوب عن الميراث بالجد فكيف يقدم عليه ولان الجد أولى بالمعتق من ابن الاخ فيرث مولاه لقول النبي ﷺ «المولى أخ في الدين وولي نعمة يرثه أحق الناس بالمعتق» والدليل على أن الجد أولى أنه يرث ابن ابنه دون ابن الاخ فيكون أولى لقول النبي ﷺ «ألحقوا الفرائض بأهلها وما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر» وفي لفظ «فلأولى عصبة ذكر» ولان الجد أب فيقدم على ابن الاخ كالاب الحقيقي ولأنه يقدم في ميراث المال فقدم في الميراث بالولاء كسائر العصبات

(فصل) فان اجتمع اخوة وجد فميراث المولى بينهم كمال سيده، وان اجتمع اخوة من أبوين واخوة من أب عاد الاخوة من الابوين الجد بالاخوة من الاب ثم ما حصل لهم أخذه ولد الابوين، وقال ابن شريح يحتمل أنه بينهم على عددهم ولا يعاد ولد الابوين الجد بولد الاب

ولنا أنه ميراث من الجد والاخوة فأشبه الميراث بالنسب، فان كان مع الاخوة أخوات لم

(مسألة) (وإذا ماتت امرأة وخلفت ابنها وعصبتها ومولاها فولاؤها لابنها وعقله على عصبتها لما روى ابراهيم قال اختصم علي والزبير في مولى صفية فقال علي مولى عمتي وأنا اعقل عنه وقال الزبير مولى أمي وأنا أرثه فقضى عمر للزبير بالميراث وقضى على علي بالعقل ذكره الامام أحمد ورواه سعيد في سننه وهي قصة مشهورة وعن الشعبي قال قضى بولاء صفية للزبير دون العباس وقضى بولاء أم هانيء لجعدة بن هبيرة دون علي، ولا يمتنع كون العقل على العصبة والميراث لغيرهم كما قضى النبي ﷺ في ميراث التي قتلت هي وجنينها لابنها وعقلها على العصبة وقد روى زياد بن أبي مريم ان امرأة اعتقت عبداً ثم توفيت وتركت ابناً لها وأخاها ثم توفي مولاها من بعدها فأتى أخو المرأة وابنها رسول الله ﷺ في ميراثه فقال عليه السلام «ميراثه لابن المرأة» فقال أخوها لو جر جريرة كانت علي ويكون ميراثه لهذا؟ قال «نعم» وإنما ذكرنا هذا الحكم فيما إذا كانت المعتقة امرأة لان المرأة لا تعقل وابنها ليس من عشيرتها فلا يعقل عن معتقها ويعقل عنها عصباتها من عشيرتها ولان الاخبار التي رويناها انما وردت في المرأة. أما الرجل المعتق فانه يعقل عنه معتقه لانه عصبة من أهل العقل ويعقل ابنه وأبوه لانهما من عصباته فلا يلحق ابنه في نفي العقل عنه بابن المرأة

(فصل) فان كان المولى حياً وهو رجل عاقل موسر فعليه من العقل وله الميراث لانه عصبة معتقه

يعتد بهن لانهن لا يرثن منفردات فلا يعتد بهن كالاخوة من الام ، وإن انفرد الاخوة من الاب مع الجد فحكمهم حكم الاخوة من الابوين

(فصل) وان ترك جد مولاه وعم مولاه فهو للجد وكذلك ان ترك جد أبي مولاه وبه يقول الثوري والاوزاعي وأهل العراق ، وقال الشافعي هو للعم وبنيه وان سفلوا دون جد الاب وهو قياس قول مالك قال الشافعي ومن جعل الجد والاخ سواء فجد الاب والعم سواء وهو أولى من ابن العم

ولنا قول النبي ﷺ يرثه أولى الناس بالمعتق والجد أولى بالمعتق بدليل أنه أولى الناس بماله وولايته ويقدم في تزويجه والصلاة عليه وغير ذلك ، والعجب أن الشافعي رحمة الله عليه نزل الجد أبا في ولاية المال وولاية الاجبار على النكاح ووافق غيره في وجوب الانفاق عليه وله وعتقه على ابن ابنه وعتق ابن ابنه عليه وانتفاء القصاص عنه بقتل ابن ابنه والحد بقذفه وغير ذلك من أحكام الاب ثم جعل أبعد العصبات أولى منه بالولاء

﴿مسئلة﴾ قال (واذا هلك رجل عن ابنين ومولى فمات احد الابنين بعده عن ابن ثم مات المولى فالولاء لابن معتقه لان الولاء للكبر، ولو هلك الابنان بعده وقبل المولى وخلف احدهما ابنا والآخر تسعة كان الولاء بينهم على عددهم لكل واحد منهم عشره)

هذا قول أكثر أهل العلم قال الامام أحمد روي هذا عن عمر وعثمان وعلي وزيد وابن مسعود ،

وإن كان صبياً أو معتوهاً فالعقل على عصباته والميراث له لانه ليس من أهل العقل فأشبه ما لو جنوا جناية خطأ كان العقل على عصباتهم ولو جني عليهم كان الارش لهم

(فصل) ولا يرث المولى من أسفل معتقه في قول عامة أهل العلم وحكي عن شريح وطاوس أنهما ورثاه لما روى سعيد عن سفيان عن عمرو بن دينار عن عوسجة عن ابن عباس أن رجلا توفي على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وليس له وارث الا غلام له هو أعتقه فأعطاه رسول الله ﷺ ميراثه رواه الترمذي وقال حديث حسن وروي عن عمر مثل هذا ووجه الاول قول النبي صلى الله عليه وسلم « إنما الولاء لمن أعتق » ولانه لم ينعم عليه فلم يرثه كالاجنبي واعطاء النبي ﷺ له ميراثه قضية في عين تحتمل أنه كان وارثاً بغير جهة الاعتاق، ويكون فائدة الحديث أن اعتاقه إياه لم يمنعه ميراثه ويحتمل أنه أعطاه صلة وتفضلا وإذا ثبت أنه لا يرثه فلا يعقل عنه وقال الشافعي في القديم يعقل عنه لان سيده أنعم عليه فجاز أن يغرم عنه

ولنا أن العقل على العصبات وليس هو منهم وما ذكروه لا أصل له وينعكس بسائر العاقلة فانه لم ينعم عليهم ويعقلون عنه وينتقض بما إذا قضى انسان دين آخر فقد غرم عنه وأنعم عليه ولا يعقل عنه

وروى سعيد ثنا هشيم ثنا أشعث بن سوار عن الشعبي أن عمر وعليا وابن مسعود وزيداً كانوا يجعلون الولاء للكبر ، وروي ذلك عن ابن عمر وأبي بن كعب وأبي مسعود البدري وأسامة بن زيد وبه قال عطاء وطاوس وسالم بن عبدالله والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي والزهري وقتادة وابن قسيط[1] ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وداود كلهم قالوا الولاء للكبر وتفسيره أنه يرث المولى المعتق من عصبات سيده أقربهم اليه وأولاهم بميراثه يوم موت العبد . قال ابن سيرين إذا مات المعتق نظر إلى أقرب الناس إلا الذي أعتقه فيجعل ميراثه له ، وإذا مات السيد قبل مولاه لم ينتقل الولاء الى عصبته لان الولاء كالنسب لا ينتقل ولا يورث وانما يورث به فهو باق للمعتق أبداً لا يزول عنه بدليل قوله عليه السلام «انما الولاء لمن أعتق» وقوله «الولاء لحمة كلحمة النسب» وانما يرث عصبة السيد مال مولاه بولاء معتقه لا نفس الولاء، ويتضح معنى هذا القول بمسئلتي الخرقي اللتين ذكرناهما ههنا وهما إذا مات رجل عن ابنين ومولى فمات أحد الابنين بعده عن ابن ثم مات المولى ورثه ابن معتقه دون ابن ابن معتقه لان ابن المعتق أقرب عصبة سيده، ولو مات السيد وخلف ابنه وابن ابنه لكان ميراثه لابنه دون ابن ابنه فكذلك اذا مات المولى ، والمسئلة الاخرى إذا هلك الابنان بعده وقبل مولاه وخلف أحدهما ابنا والآخر تسعة ثم مات المولى كان ميراثه بينهم على عددهم لكل واحد منهم عشره لان السيد لو مات كان ميراثه بينهم كذلك فكذلك ميراث مولاه، ولو كان الولاء موروثاً لانعكس الحكم في المسئلتين وكان الميراث في المسئلة الاولى بين الابن وابن الابن كأن الابنين ورثا الولاء عن أبيهما ثم ماصار للابن الذي مات انتقل إلى ابنه فصار ميراث المولى بينه وبين عمه نصفين ، وفي المسئلة الثانية يصير لابن الابن المنفرد نصف الولاء بميراثه ذلك عن ابنه ولبني الابن الآخر النصف بينهم على عددهم وشذ شريح فقال الولاء بمنزلة المال يورث عن المعتق فمن ملك شيئا حياته فهو لورثته

وقد حكي عن عمر وعلي وابن عباس وابن المسيب نحو هذا . وروي عن حنبل ومحمد بن الحكم

(فصل في دور الولاء) قال الشيخ رضي الله عنه (اذا اشترى ابن وبنت أباهما عتق عليهما وصار ولاؤه بينهما نصفين وجر كل واحد نصف ولاء صاحبه ويبقى نصفه لمولى أمه)

فان مات الاب ورثاه أثلاثاً فان ماتت البنت بعده ورثها أخوها بالنسب ثم إذا مات أخوها فميراثه لمواليه وهم أخته وموالي أمه فلموالي أمه النصف والنصف الآخر لموالي الاخت وهم أخوها وموالي أمها فلموالي الام نصف ذلك وهو الربع ويبقى الربع وهو الجزء الدائر لانه خرج من الاخ وعاد اليه ففيه وجهان (أحدهما) أنه لموالي الام لان مقتضى كونه دائراً أن يدور أبدا وفي كل دورة يصير لمولى الام نصفه، ولا يزال كذلك حتى ينفد وهو قول الجمهور (والثاني) يجعل في بيت المال قال القاضي لانه مال لا مستحق له نعلمه وهذا قول محمد بن الحسن وقياس قول مالك والشافعي والاول أولى إن شاء الله تعالى .

(١) في نسخة لشيط

عن أحمد نحوه وغلطهما أبو بكر في روايتهما فان الجماعة رووا عن احمد مثل قول الجمهور . قال أبو الحارث سألت أبا عبد الله عن الولاء للكبر فقال كذا روي عن عمر وعثمان وعلي وزيد وابن مسعود أنهم قالوا الولاء للكبر، إلى هذا القول أذهب، وتفسير ذلك أن يعتق الرجل عبداً ثم يموت ويخلف ابنين فيموت أحد الابنين ويخلف ابنا فولاء هذا العبد المعتق لابن المعتق وليس لابن الابن شيء مع الابن وحجة شريح حديث عمرو بن شعيب الذي ذكرناه والقياس على المال

ولنا قول النبي ﷺ « المولى أخ في الدين وولي نعمة وأولى الناس به أقربهم من المعتق» وقوله عليه السلام « الولاء لمن أعتق » وقوله « الولاء لحمة كلحمة النسب » ولانه من أسباب التوارث فلم يورث كالقرابة والنكاح ، ولانه اجماع من الصحابة ولم يظهر عنهم خلافه فلا يجوز مخالفته ، وحديث عمرو بن شعيب قد غلطه العلماء فيه ولم يصح عن أحد من الصحابة خلاف هذا القول وحكاه الشعبي والائمة عن عمر ومن ذكرنا قولهم، ولا يصح اعتبار الولاء بالمال لان الولاء لا يورث بدليل أنه لا يرث منه ذوو الفروض وأنما يورث به، فينظر أقرب الناس إلى سيده من عصباته يوم موت العبد والمعتق فيكون هو الوارث المولى دون غيره كما أن السيد لو مات في تلك الحال ورثه وحده فاذا خلف ابن مولاه وابن ابن مولاه فماله لابن مولاه ، وإن خلف ابن ابن مولاه وتسعة بني ابن آخر لمولاه فماله بينهم على عددهم لكل واحد عشره لانهم يرثون جدهم كذلك ، ولو خلف السيد ابنه وابن ابنه فمات ابنه بعده عن ابن ثم مات عتيقه فميراثه بين ابني الابن نصفين ، وفي قول شريح هو لابن الابن الذي كان حيا عند موت ابنه ، وإن مات السيد عن أخ من أب وابن أخ من أبوين فمات الاخ من الاب عن ابن ثم مات العتيق فماله لابن الأخ من الابوين وفي قول شريح هو لابن الاخ من الاب وإن لم يخلف عصبة من نسب مولاه فماله لمولى مولاه ثم لاقرب عصباته ثم لمولى مولاه فاذا انقرض عصباته وموالي الموالي وعصباتهم فماله لبيت المال

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن اعتق عبدا فولاؤه لابنه وعقله على عصبته)

هذه المسئلة محمولة على أن المعتق لم يخلف عصبة من نسبه ولا وارثا منهم إذ لو خلف وارثا من

(فصل) فان كانت المسئلة بحالها الا أن مكاتب الابن بنت فاشترت أباها عتق عليها وجر اليها ولاء أختها فاذا مات الاب فلابنتيه الثلثان بالنسب والباقي لمعتقه بالولاء فان ماتت التي لم تشتره بعد ذلك فمالها لاختها نصفه بالنسب ونصفه بأنها مولاة أبيها، ولو ماتت التي اشترته فلأختها النصف والباقي لموالي أمها فان اشترت البنتان أباهما نصفين عتق عليهما وجر الى كل واحدة نصف ولاء أختها فاذا مات الاب فماله بين بنتيه بالنسب والولاء فان ماتت احداهما بعد ذلك فلأختها النصف بالنسب ونصف الباقي بما جر الاب اليها من ولاء نصفها فصار لها ثلاثة أرباع مالها والربع الباقي لمولى أمها ، فان كانت احداهما

نسبه أو عصبته كانوا أحق بميراثه وعقله من عصبات مولاه وولده فليس في ذلك اشكال ، واذا لم يخلف الابن مولاه وعصبة مولاه فماله لابن مولاه لانه أقرب عصبات المعتق، وعقله ان جنى جناية على عصبة مولاه إن كان المعتق امرأة لما روى ابراهيم قال : اختصم علي والزبير في مولى صفية فقال علي مولى عمتي وأنا أعقل عنه، وقال الزبير مولى أمي وأنا أرثه فقضى عمر للزبير بالميراث وقضى على علي بالعقل . ذكر هذا الامام أحمد ورواه سعيد في السنن وغيره وهي قضية مشهورة ، وعن الشعبي قال قضى بولاء صفية للزبير دون العباس وقضي بولاء أم هانيء لجعدة بن هبيرة دون علي ، ولا يمتنع كون العقل على العصبة والميراث لغيره كما قضى النبي ﷺ بميراث التي قتلت هي وجنينها لبنيها وعقلها على العصبة

وقد روى زياد بن أبي مريم أن امرأة أعتقت عبداً لها ثم توفيت وتركت ابنا لها وأخاها ثم توفي مولاها من بعدها فأتى أخو المرأة وابنها رسول الله ﷺ في ميراثه فقال عليه السلام « ميراثه لابن المرأة » فقال أخوها لو جر جريرة كانت علي ويكون ميراثه لهذا قال نعم ، وانما حملنا مسئلة الخرقي على ما إذا كان للمعتق امرأة لان الاخبار التي رويناها انما وردت فيها ولان المرأة لا تعقل وابنها ليس من عشيرتها فلا تعقل عن معتقها وعقل عنها عصباتها من عشيرتها ، أما الرجل المعتق فانه يعقل عن معتقه لانه عصبة من أهل العقل ويعقل ابنه وأبوه لانهما من عصباته وعشيرته فلا يلحق ابنه في نفي العقل عنه بابن المرأة والله أعلم

(فصل) فان كان المولى حيا وهو رجل عاقل موسر فعليه من العقل وله الميراث لانه عصبة معتقه ، وإن كان صبياً أو امرأة أو معتوهاً فالعقل على عصباته والميراث له لانه ليس من أهل العقل فأشبه مالو جنوا جناية خطأ كان العقل على عصباتهم ولو جني عليهم كان الارش لهم

(فصل) ولا يرث المولى من أسفل[1] معتقه في قول عامة أهل العلم وحكي عن شريح وطاوس أنهما ورثاه لما روي سعيد عن سفيان عن عمرو بن دينار عن عوسجة عن ابن عباس أن رجلا توفي على عهد رسول الله ﷺ وليس له وارث الا غلام له هو أعتقه فأعطاه رسول الله ﷺ ميراثه قال الترمذي هذا حديث حسن وروي عن عمر نحو هذا

ولنا قول النبي ﷺ « انما الولاء لمن أعتق » ولانه لم ينعم عليه فلم يرثه كالأجنبي واعطاء النبي

(١) في نسخة من أصل معتقه

ماتت قبل أبيها فمالها له ثم إذا مات الاب فللباقية نصف ميراث أبيها لكونها بنته ونصف الباقي وهو الربع لكونها مولاة نصفه يبقى الربع لموالي البنت التي ماتت قبله فنصفه لهذه البنت لانها مولاة نصف أختها صار لها سبعة أثمان ميراثه ولمولى الام الميتة الثمن فان ماتت البنت الباقية بعدها فمالها لمواليها نصفه لموالي أمها ونصفه لموالي أختها الميتة وهم أختها ومولى أمها فنصفه لمولى أمها وهو الربع والربع الباقي يرجع إلى هذه الميتة فهذا الجزء دائر لانه خرج من هذه الميتة ثم دار اليها ففيه الوجهان اللذان ذكرناهما وهاتان المسئلتان أصل في دور الولاء وفيها أقوال شاذة سواهما وهذا أصح ما قيل فيها ان شاء الله تعالى

ﷺ له قضية في عين يحتمل أن يكون وارثا بجهة غير الاعتاق وتكون فائدة الحديث أن اعتاقه له لم يمنعه ميراثه ويحتمل أنه أعطاه وصلة وتفضلا،إذا ثبت أنه لا يرثه فلايعقل عنه وقال الشافعي في القديم يعقل عنه لان سيده أنعم عليه فجاز ان يغرم عنه

ولنا أن العقل على العصبات وليس هذا منهم وماذكره لاأصل له وينعكس كسائر العاقلة فانه لم ينعم عليه ويعقلون عنه وينتقض بما إذا قضى انسان دين آخر فقد غرم عنه ولا يعقل

(فصل) فان أسلم الرجل على يدي الرجل لم يرثه بذلك في قول عامة أهل العلم منهم الحسن والشعبي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي،و قد روي عن أحمد رحمه الله رواية أخرى أنه يرثه وهو قول اسحاق وحكي عن ابراهيم أن له ولاؤه ويعقل عنه وعن ابن المسيب ان عقل عنه ورثه وان لم يعقل عنه لم يرثه وعن عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهما أنه يرثه وان لم يواله لما روى راشد بن سعد قال: قال رسول الله ﷺ «من أسلم على يديه رجل فهو مولاه يرثه ويدي عنه» رواه سعيد وقال أيضا حدثناه عيسى بن يونس ثنا معاوية بن يحيى الصدفي عن القاسم السامي عن أبي أمامة قال : قال رسول الله ﷺ «من أسلم على يديه رجل فله ولاؤه» وروى باسناده عن تميم الداري أنه قال يارسول الله ما السنة في الرجل يسلم على يدي الرجل من المسلمين فقال «هو أولى الناس بمحياه ومماته» رواه أبو داود والترمذي وقال لاأظنه متصلا

ولنا قول النبي ﷺ «إنما الولاء لمن اعتق» ولان أسباب التوارث غير موجودة فيه وحديث راشد مرسل وحديث معاوية فيه أمامة بن يحيى الصدفي وهو ضعيف وحديث تميم تكلم الترمذي فيه

(فصل) وان عاقد رجل رجلا فقال عاقدتك علي أن ترثني وأرثك وتعقل عني واعقل عنك فلا حكم لهذا العقد ولا يتعلق به ارث ولاعقل ، وبه قال الشافعي وقال الحكم وحماد وأبو حنيفة هو عقد صحيح ولكل واحد منهما أن يرجع عنه ما لم يعقل واحد عن الآخر فاذا عقل عنه لزم ويرثه إذا لم يخلف ذا رحم لقوله تعالى (والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم) ولان هذا كالوصية ووصية الذي لاوارث له بجميع ماله جائزة .

فان اشترت الابنتان أباهما ثم اشترى أبوها هو والكبرى جدهما ثم مات الاب فماله بينهم أثلاثاً ثم إذا مات الجد وخلف ابنتي ابنه فلهما الثلثان وللكبرى نصف الباقي لكونها مولاة نصفه يبقى السدس لموالي الاب لانه مولى نصف الجد وهما ابنتاه فيحصل للكبرى ثلث المال وربعه وللصغرى ربعه وسدسه فان كانت بحالها فاشترت الكبرى وأبوها أخاهما لابيها فالجواب فيها كالتي قبلها

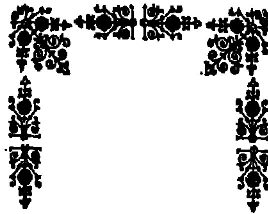
(فصل) فان اشترى ثلاث بنات أمهاتهن معتقات أباهن أثلاثا عتق عليهن وجر الى كل واحدة ثلث ولاء أختيها فان مات الاب كان ماله بينهن أثلاثاً بالنسب والولاء، فان ماتت احداهن بعده كان لاختيها الثلثان بالنسب وثلثا ما بقي بالولاء والباقي لموالي أمها وتصح من تسعة، ولو ماتت احداهن ثم مات

ولنا قول النبي ﷺ «إنما الولاء لمن أعتق» ولان أسباب التوارث محصورة في رحم ونكاح وولاء وليس هذا منها والآية منسوخة بآية الميراث ولذلك لا يرث مع ذي رحم شيئا قال الحسن نسختها (وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) وقال مجاهد فآتوهم نصيبهم من العقل والنصرة والرفادة وليس هذا بوصلة لان الوصي لا يعقل فله الرجوع وهذا عندهم بخلافه

(فصل) واللقيط حر لا ولاء عليه في قول الجمهور وفقهاء الامصار ، وروي عن عمر أن ولاءه لملتقطه وبه قال الليث واسحاق وعن ابراهيم ان نوى أن يرث منه فذلك وقد روي عن النبي ﷺ «المرأة تحوز ثلاثة مواريث لقيطها وعتيقها وولدها الذي لاعنت عليه»

ولنا قول النبي ﷺ «إنما الولاء لمن أعتق» ولانه ليس بقرابة ولا عتيق ولا ذي نكاح فلا يرث كالأجنبي والحديث فيه كلام :

الاب قسم ماله على سبعة وعشرين لهما الثلثان بالنسب وثلثا ما بقي بالولاء ويبقى التسع وهو حصة الميتة قبلها ثلثاه لان لها ثلثي ولائها ولموالي أمها السدس والسدس الباقي للميتة قبلها لان لها ثلث ولائها أيضا فيكون هذا السدس بين مولى أم الميتة الاولى والأختين على ثلاثة فاضرب ستة في ثلاثة تكن ثمانية عشر لموالي أم الميتة الاولى ثلاثة سهم للحية وسهم لموالي أمها وسهم يعود الى الميتة الثانية لان لها ثلث ولائها فهذا هو السهم الدائر لانه خرج من الثانية الى الاولى ثم رجع اليها



كتاب الوديعة

والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها) وقوله تعالى (فان أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي اؤتمن أمانته) وأما السنة فقول رسول الله ﷺ «أد الأمانة إلى من ائتمنك ولاتخن من خانك» وروي عنه عليه السلام أنه كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة أودعها عند ام أيمن وأمر عليا أن يردها على أهلها ، وأما الاجماع فاجمع علماء كل عصر على جواز الايداع والاستيداع والعبرة تقتضيها فان بالناس اليها حاجة فانه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بانفسهم ويحتاجون الى من يحفظ لهم ، والوديعة فعيلة من يدع الشيء اذا تركه أي هي متروكة عند المودع ، واشتقاقها من السكون يقال ودع يدع فكأنها ساكنة عند المودع مستقرة ، وقيل هي مشتقة من الخفض والدعة فكأنها في دعة عند المودع وقبولها مستحب لمن يعلم من نفسه الامانة لان فيه قضاء حاجة أخيه المؤمن ومعاونته ، وهي عقد جائز من الطرفين متى أراد المودع أخذ وديعته لزم المستودع ردها لقوله تعالى (ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها) فان أراد المستودع ردها على صاحبها لزمه قبوله لان المستودع متبرع بامساكها فلا يلزمه التبرع في المستقبل

﴿ مسئلة ﴾ قال (وليس على مودع ضمان اذا لم يتعد)

وجملته ان الوديعة أمانة فاذا تلفت بغير تفريط من المودع فليس عليه ضمان سواء ذهب معها شيء من مال المودع أو لم يذهب . هذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن أبي بكر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وبه قال شريح والنخعي ومالك وأبو الزناد والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي . وعن أحمد رواية أخرى : إن ذهبت الوديعة من بين ماله غرمها لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه ضمن أنس بن مالك وديعة ذهبت من بين ماله ، قال القاضي والاولى أصح لان الله

﴿باب الوديعة﴾

والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى (ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها) وقوله تعالى (فان أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي اؤتمن أمانته) وأما السنة فقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « أد الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة أودعها عند أم أيمن وأمر عليا أن يردها على أهلها ، وأما الاجماع فأجمع علماء كل عصر على جواز الايداع والاستيداع والعبرة تقتضيها لحاجة الناس اليها فانه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم

تعالى سماها أمانة والضمان ينافي الامانة، ويروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي ﷺ قال « ليس على المستودع ضمان » ويروى عن الصحابة الذين ذكرنام ولان المستودع مؤتمن فلا يضمن ماتلف من غير تعديه وتفريطه كالذي ذهب مع ماله ولان المستودع انما يحفظها لصاحبها متبرعا من غير نفع يرجع عليه فلو لزمه الضمان لامتنع الناس من قبول الودائع وذلك مضر لما بيناه من الحاجة اليها وما روي عن عمر محمول على التفريط من أنس في حفظها فلا ينافي ماذكرنا ، فأما إن تعدى المستودع فيها أو فرط في حفظها فتلفت ضمن بغير خلاف نعلمه لانه متلف لمال غيره فضمنه كما لو أتلفه من غير استيداع

(فصل) إذا شرط رب الوديعة على المستودع ضمان الوديعة فقبله أو قال أنا ضامن لها لم يضمن قال أحمد في المودع إذا قال أنا ضامن لها فسرقت فلاشيء عليه وكذلك كل ما أصله الامانة كالمضاربة ومال الشركة والرهن والوكالة وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وابن المنذر وذلك لانه شرط ضمان مالم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه كما لوشرط ضمان مايتلف في يد مالكه

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان خلطها بماله وهي لاتتميز أو لم يحفظها كما يحفظ ماله أو أودعها غيره فهو ضامن)

في هذه المسئلة ثلاث مسائل (إحداهن) ان المستودع إذا خلط الوديعة بما لم تتميز منه من ماله أو مال غيره ضمنها سواء خلطها بمثلها أو دونها أو أجود من جنسها أو غير جنسها مثل أن يخلط دراهم بدراهم أو دهنا بدهن كالزيت بالزيت أو السمن أو بغيره وبهذا قال الشافعي واصحاب الرأي

وقال ابن القاسم ان خلط دراهم بدراهم على وجه الحرز لم يضمن ، وحكي عن مالك لا يضمن الا ان يكون دونها لانه لا يمكنه ردها إلا ناقصة

ولنا انه خلطها بماله خلطا لا يتميز فوجب أن يضمنها كما لو خلطها بدونها ولانه إذا خلطها بما لا يتميز فقد فوت على نفسه امكان ردها فلزمه ضمانها كما لو ألقاها في لجة بحر ، وان أمره صاحبها

ويحتاجون الى من يحفظها لهم والوديعة فعيلة من ودع الشيء اذا تركه أي هي متروكة عند المودع واشتقاقها من السكون يقال ودع يدع فكأنها ساكنة عند المودع مستقرة وقيل هي مشتقة من الحفظ والدعة فكأنها في دعة عند المودع وقبولها مستحب لمن يعلم من نفسه الامانة لان فيه قضاء حاجة أخيه المؤمن ومعاونته وهي عقد جائز من الطرفين متى أراد المودع أخذ وديعته لزم المستودع ردها للآية وان ردها المستودع على صاحبها لزمه القبول لان المستودع متبرع بامساكها فلا يلزمه التبرع في المستقبل

(مسئلة) (وهي أمانة لا ضمان عليه فيها الا أن يتعدى وان تلفت من بين ماله لم يضمن في أصح الروايتين) وجملة ذلك أن الوديعة أمانة اذا تلفت من غير تعد ولا تفريط من المودع فليس عليه

يخلطها بماله أو بغيره ففعل ذلك فلا ضمان عليه لأنه فعل ما أمر به فكان نائباً عن المالك فيه ، وقد نقل مهنا عن أحمد في رجل استودع عشرة دراهم واستودعه آخر عشرة وأمراه أن يخلطها فخلطها فضاعت الدراهم فلا شيء عليه فان امره أحدهما بخلط دراهمه ولم يأمره الآخر فعليه ضمان دراهم من لم يأمره دون الاخرى ، وان اختلطت هي بغير تفريط منه فلا ضمان عليه لأنها لو تلفت بذلك لم يضمن فخلطها أولى وان خلطها غيره فالضمان على من خلطها لان العدوان منه فالضمان عليه كما لو أتلفها

(المسألة الثانية) إذا لم يحفظها كما يحفظ ماله وهو أن يحرزها بحرز مثلها فانه يضمنها،وحرز مثلها يذكر في باب القطع في السرقة وهذا اذا لم يعين له المودع ما يحفظها فيه فان عين له لزمه حفظها فيما أمره به سواء كان حرز مثلها أو لم يكن ، وان أحرزها بمثله أو أعلى منه لم يضمنها ، ويتخرج أن يضمنها اذا فعل ذلك من غير حاجة

(المسألة الثالثة) اذا أودعها غيره ولها صورتان [إحداهما] أن يودعها غيره لغير عذر فعليه الضمان بغير خلاف في المذهب وهو قول شريح ومالك والشافعي وأبي حنيفة وأصحابه واسحاق، وقال ابن أبي ليلى لاضمان عليه لان عليه حفظها واحرازها وقد احرزها عند غيره وحفظها به ولانه يحفظ ماله بايداعه فاذا أودعها فقد حفظها بما يحفظ به ماله فلم يضمنها كما لوحفظها في حرزه

ولنا أنه خالف المودع فضمنها كما لو نهاه عن ايداعها وهذا صحيح فانه أمره بحفظها بنفسه ولم يرض لها غيره، فاذا ثبت هذا فان له تضمين الاول وليس للاول الرجوع على الثاني لانه دخل معه في العقد على انه أمين له لاضمان عليه ، وان أحب المالك تضمين الثاني فذكر القاضي انه ليس له تضمينه في ظاهر كلام أحمد لانه ذكر الضمان على الاول فقط وهذا مذهب أبي حنيفة لانه قبض قبضاً موجباً الضمان على الاول فلم يوجب ضماناً آخر وفارق القبض من الغاصب فانه لم يوجب الضمان على الغاصب انما لزمه الضمان بالغصب، ويحتمل ان له تضمين الثاني أيضاً لانه قبض مال غيره على وجه لم يكن له قبضه ولم يأذن له مالكه فضمنه كالقابض من الغاصب ، وهذا مذهب الشافعي ،وذكر أحمد الضمان على الاول لا ينفي الضمان عن الثاني كما أن الضمان يلزم الغاصب

ضمان سواء ذهب معها شيء من مال المودع أو لم يذهب هذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن أبي بكر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وبه قال شريح والنخعي ومالك وأبو الزناد والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد رواية ان ذهبت الوديعة من بين ماله ضمنها لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه ضمن أنس بن مالك وديعة ذهبت من بين ماله قال القاضي والاول أصح لان الله تعالى سماها أمانة والضمان ينافي الامانة وروى الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ليس على المودع ضمان » ولان المستودع انما يحفظها لصاحبها متبرعاً من غير نفع يرجع اليه فلو لزمه الضمان لامتنع الناس من الاستيداع وذلك مضر لما بيناه من الحاجة اليها وما روي عن عمر محمول على التفريط من انس في حفظها فلا ينافي ما ذكرناه فان تعدى المودع فيها

ولا ينفي وجوبه على القابض منه فعلى هذا يستقر الضمان على الاول فان ضمنه لم يرجع على أحد وإن ضمن الثاني يرجع على الاول وهذا القول أشبه بالصواب وما ذكرنا لقول الاول لا أصل له ثم هو منتقض بما إذا دفع الوديعة إلى انسان عارية ، أو هبة ، أو وديعة لنفسه ، فأما إن دفع الوديعة إلى من جرت عادته بحفظها له من أهله كامرأته وغلامه لم يضمن نص عليه احمد ، وهو قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي يضمن لانه سلم الوديعة إلى من لم يرض به صاحبها فضمنها كما لو سلمها الى أجنبي

ولنا أنه حفظها بما يحفظ به ماله فأشبه مالو حفظها بنفسه وكما لو دفع الماشية الى الراعي أو دفع البهيمة الى غلامه ليسقيها ويفارق الاجنبي فان دفعها اليه لا يعد حفظاً منه

(الصورة الثانية) إذا كان له عذر مثل ان أراد سفراً أو خاف عليها عند نفسه من حرق أو غرق أو غيره فهذا إن قدر على ردها على صاحبها أو وكيله في قبضها لم يجز له دفعها إلى غيره فان فعل ضمنها لانه دفعها الى غير مالكها بغير اذن منه من غير عذر فضمنها كما لو أودعها في الصورة الاولى وان لم يقدر على صاحبها ولا وكيله فله دفعها الى الحاكم سواء كان به ضرورة الى السفر أو لم يكن لانه متبرع بامساكها فلا يلزمه استدامته ، والحاكم يقوم مقام صاحبها عند غيبته ، وان أودعها مع قدرته على الحاكم ضمنها لان غير الحاكم لا ولاية له ويحتمل أن يجوز له ايداعها لانه قد يكون أحفظ لها وأحب الى صاحبها وان لم يقدر على الحاكم فأودعها ثقة لم يضمنها لانه موضع حاجة . وذكر القاضي أن ظاهر كلام احمد أنه يضمنها ثم تأول كلامه على أنه أودعها من غير حاجة او مع قدرته على الحاكم وان دفنها في موضع وأعلم بها ثقة يده على الموضع وكانت مما لا يضرها الدفن فهو كايداعها عنده وان لم يعلم بها أحداً ضمنها لانه فرط في حفظها فانه لا يأمن أن يموت في سفره فلا تصل الى صاحبها وربما نسي مكانها أو أصابه آفة من هدم أو حرق أو غرق فتضيع وان اعلم بها غير ثقة ضمنها لانه ربما أخذها وان أعلم بها ثقة لا يدله على المكان فقد فرط لانه لم يودعها اياه ولا يقدر على الاحتفاظ بها .

أو فرط في حفظها ضمنها بغير خلاف علمناه لانه متلف لمال غيره فضمنه كما لو أتلفه من غير استيداع

(فصل) فان شرط المودع على المستودع ضمان الوديعة فقبله أوقال أنا ضامن لها لم يضمن قال أحمد في المودع اذا قال أنا ضامن فسرقت فلا شيء عليه وكذلك كل ما أصله الامانة كالمضاربة ومال الشركة والرهن والوكالة وبه قال الثوري وأسحاق وابن المنذر وذلك لانه شرط ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه كما لو شرط ضمان ما يتلف في يد مالكه

(مسئلة) (ويلزمه حفظها في حرز مثلها)

اذا اودع وديعة ولم يعين المودع له موضعا لها فان المودع يلزمه حفظها في حرز مثلها كما يحفظ ماله وحرز مثلها يذكر في باب القطع في السرقة فان لم يحفظها في حرز مثلها ضمنها لانه فرط فيها فان وضعها

(فصل) وان أراد السفر بها وقد نهاه المالك عن ذلك ضمنها لانه مخالف لصاحبها وان لم يكن نهاه لكن الطريق مخوف أو البلد الذي يسافر اليه مخوف ضمنها لانه فرط في حفظها وان لم يكن كذلك فله السفر بها

نص عليه أحمد سواء كان به ضرورة الى السفر أو لم يكن ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي ان سافر بها مع القدرة على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو أمين ضمنها لانه يسافر بها من غير ضرورة أشبه مالو كان السفر مخوفا .

ولنا أنه نقلها الى موضع مأمون فلم يضمنها كما لو نقلها في البلد ولانه سافر بها سفراً غير مخوف أشبه مالو لم يجد أحداً يتركها عنده ويقوى عندي أنه متى سافر بها مع القدرة على مالكها أو نائبه بغير اذنه فهو مفرط عليه الضمان لانه يفوت على صاحبها امكان استرجاعها ويخاطر بها فان النبي ﷺ قال : « ان المسافر وماله لعلى قلت الا ما وقى الله » أي على هلاك ولا يلزم من الاذن في امساكها على وجه لا يتضمن هذا الخطر ولا يفوت امكان ردها على صاحبها الاذن فيما يتضمن ذلك فاما مع غيبة المالك ووكيله فله السفر بها اذا كان أحفظ لها لانه موضع حاجته فيختار فعل مافيه الحظ

(فصل) وان حضره الموت فحكمه حكم السفر على ما مضى من أحكامه الا في أخذها معه لان كل واحد منهما سبب لخروج الوديعة عن يده .

﴿ مسئله ﴾ قال (وان كانت غلة فخلطها في صحاح او صحاحا فخلطها في غلة فلا ضمان عليه)

يعني بالغلة المكسرة اذا خلطها بصحاح من ماله أو خلط الصحاح بالمكسرة لم يضمنها لانها تتميز منها فلا يعجز بذلك عن ردها على صاحبها فلم يضمنها كما لو تركها في صندوق وفيه أكياس له . وبهذا قال الشافعي ومالك ولا نعلم فيه اختلافا ، وكذلك الحكم اذا خلط دراهم بدنانير ، وبيضا بسود ، وقد حكي عن احمد فيمن خلط دراهم بيضا بسود يضمنها ولعله قال ذلك لكونها تكتسب منها سواداً أو يتغير لونها فتنقص قيمتها فان لم يكن فيها ضرر فلا ضمان عليه والله تعالى أعلم

في حرز مثلها ثم نقلها عنه ألى حرز مثلها لم يضمنها سواء نقلها الى مثل الاول او دونه لان صاحبها رد حفظها الى رأيه واجتهاده واذن له في احرازها بما شاء من احراز مثلها ولهذا لو تركها في الثاني اولا لم يضمنها فكذلك اذا نقلها اليه ولو كانت العين في بيت صاحبها فقال لرجل احفظها في موضعها فنقلها عنه من غير خوف ضمنها لانه ليس بمودع انما هو وكيل في حفظها وليس له اخراجها من ملك صاحبها ولا من موضع استأجره لها الا ان يخاف عليها فعليه اخراجها لانه مأمور بحفظها وقد تعين حفظها في اخراجها ويعلم ان صاحبها لو حضر في هذه الحال اخرجها ولانه مأمور بحفظها على صفة فاذا تعذرت الصفة لزمه حفظها بدونها كالمستودع اذا خاف عليها

﴿ مسئلة ﴾ قال ولو أمره ان يجعلها في منزل فاخرجها من المنزل لغشيان نار أو سيل أو شيء الغالب منه البوار فلاضمان عليه)

وجملة ذلك أن رب الوديعة اذا أمر المستودع بحفظها في مكان عينه فحفظ فيه ولم يخش عليها فلا ضمان عليه بغير خلاف لانه ممتثل لامره غير مفرط في ماله وان خاف عليها سيلا وتوى ، يعني هلاكا ، فأخرجها منه الى حرزها فتلفت فلا ضمان عليه بغير خلاف أيضا لان نقلها في هذه الحال تعين حفظا لها وهو مأمور بحفظها وان تركها مع الخوف فتلفت ضمنها سواء تلفت بالامر المخوف أو بغيره لانه فرط في حفظها لان حفظها نقلها وتركها تضييع لها وان لم يخف عليها فنقلها عن الحرز الى دونه ضمنها لانه خالفه في الحفظ المأمور به وان نقلها الى دونه عند الخوف عليها نظرنا فان أمكنه احرازها بمثله أو أعلى منه ضمنها أيضا لتفريطه وان لم يمكنه احرازها الا بما دونه لم يضمنها لان احرازها بذلك أحفظ لها من تركه وليس في وسعه سواه وان نقلها الى مثل ذلك الحرز لغير عذر فقال القاضي لا يضمنها وهو مذهب الشافعي لان تقييده بهذا الحرز يقتضي ما هو مثله كمن اكترى أرض الزرع حنطة فله زرعها وزرع مثلها في الضرر ويحتمل كلام الخرقي لزوم الضمان لان الامر بشيء يقتضي تعيينه فلا يعدل عنه الا بدليل وان نقلها إلى أحرز منه كان حكمه حكم ما لو أخرجها الى مثله فان نهاه عن إخراجها من ذلك المكان فالحكم فيه كما لو أمره بتركها فيه ولم ينهه عن اخراجها منه إلا في أنه إذا خاف عليها فلم يخرجها حتى تلفت ففيه وجهان أحدهما يضمن لما ذكرنا في التي قبلها والثاني لا يضمن لانه ممتثل لقول صاحبها وفي أنه إذا أخرجها لغير عذر ضمنها سواء أخرجها إلى مثله أو دونه أو فوقه لانه خالف صاحبها لغير فائدة وهذا ظاهر كلام الشافعي وقال ابو حنيفة ان نهاه عن نقلها من بيت فنقلها إلى بيت آخر من الدار لم يضمن لان البيتين من دار واحدة حرز واحد وطريق أحدهما طريق الآخر فأشبه مالو نقلها من زاوية إلى زاوية وان نقلها من دار إلى دار أخرى ضمن

(مسئلة) (وان عين صاحبها حرزاً فجعلها في دونه ضمن)

وجملة ذلك ان المودع اذا امر المستودع بحفظها في مكان عينه فحفظها فيه ولم يخش عليها فلا ضمان عليه بغير خلاف لانه ممتثل غير مفرط وان احرزها في دونه ضمن لانه مخالف ولان صاحبها لم يرضه

﴿ مسئلة ﴾ (وان احرزها في مثله او فوقه لم يضمن) وكذلك ان نقلها الى مثل ذلك الحرز لغير حاجة هذا قول القاضي وهو مذهب الشافعي لان تقييده بهذا الحرز يقتضي ما هو مثله كمن اكترى ارضا لزرع الحنطة فله زرعها وزرع مثلها في الضرر ولان من رضي حرزاً رضي مثله او فوقه وقيل يضمن ويحتمله كلام الخرقي لان الامر بشيء يقتضي تعينه فلا يعدل عنه الا بدليل وان نقلها الى احرز منه فهو كما لو نقلها الى مثله وان فعله لحاجة لم يضمن لما نذكره

ولنا أنه خالف أمر صاحبها بما لامصلحة فيه فيضمن كما لو نقلها من دار إلى دار وليس مافرق به صحيحا لان بيوت الدار تختلف فمنها ما هو أقرب إلى الطريق أو إلى موضع الوقود أو إلى الانهدام أو أسهل فتحا أو بابه أسهل كسراً أو أضعف حائطا أو أسهل نقبا او لكون المالك يسكن به أو يسكن في غيره وأشباه هذا مما يؤثر في الحفظ أو في عدمه فلا يجوز تفويت غرض رب الوديعة من تعيينه من غير ضرورة ، وإن خاف عليها في موضعها فعليه نقلها فان تركها فتلفت ضمنها لان نهي صاحبها عن إخراجها إنما كان لحفظها وحفظها ههنا في إخراجها أشبه مالو لم ينهه عن إخراجها فان قال لاتخرجها وان خفت عليها فاخرجها من غير خوف ضمنها وان أخرجها عند خوفه عليها أو تركها فتلفت لم يضمنها لان نهيه مع خوف الهلاك نص فيه وتصريح به فيكون مأذونا في تركها في تلك الحال فلم يضمنها لامتثاله أمر صاحبها كما لو قال له أتلفها فأتلفها ولا يضمن إذا أخرجها لانه زيادة خير وحفظ فلم يضمن به كما لو قال له أتلفها فلم يتلفها حتى تلفت

(فصل) وان أودعه وديعة ولم يعين له موضع احرازها فان المودع يحفظها في حرز مثلها أي موضع شاء فان وضعها في حرز ثم نقلها عنه إلى حرز مثلها لم يضمنها سواء نقلها إلى مثل الاول أو دونه لان ربها رد حفظها الى رأيه واجتهاده وأذن له في احرازها بما شاء من إحراز مثلها ولهذا لو تركها في هذا الثاني أولا لم يضمنها فكذلك إذا نقلها اليه ، ولو كانت العين في بيت صاحبها فقال لرجل احفظها في موضعها فنقلها عنه من غير خوف ضمنها لانه ليس بمودع انما هو وكيل في حفظها وليس له إخراجها من ملك صاحبها ولا من موضع استأجره لها إلا أن يخاف عليها فعليه اخراجها لانه مأمور بحفظها وقد تعين حفظها في إخراجها ويعلم أن صاحبها لو حضر في هذه الاحوال لاخرجها ولانه مأمور بحفظها على صفة فاذا تعذرت الصفة لزمه حفظها بدونها كالمستودع إذا خاف عليها

(فصل) إذا أخرج الوديعة المنهي عن إخراجها فتلفت وادعى أنه أخرجها لغشيان نار اوسيل أو شيء ظاهر فأنكر صاحبها وجوده فعلى المستودع البينة أنه كان في ذلك الموضع ما ادعاه لان هذا

﴿ مسئلة ﴾ وان نهاه المالك عن اخراجها فاخرجها لغشيان شيء الغالب منه التوى لم يضمن وان تركها فتلفت ضمنها وان أخرجها لغير خوف ضمن)

اذا نهاه المالك عن اخراجها من ذلك المسكان فالحكم فيه حكم مالو لم ينهه على ماذكرنا من الخلاف فيه فان اخرجها لشيء الغالب منه التوى مثل ان خاف عليها نهبا او هلاكا لم يضمنها لانه غير مفرط في حفظها الان حفظها نقلها وتركها تضييع لها وان نقلها في هذه الحال الى دون الحرز فان امكنه احرازها في مثله اواعلى منه ضمنها لتفريطه وان لم يمكنه لم يضمن لان احرازها بذلك احفظ لها وليس في وسعه سواء وان تركها فتلفت ضمن سواء تلفت بالامر المخوف او بغيره لانه مفرط في حفظها الان حفظها في نقلها وتركها تضييع لها وفيه وجه آخر انه لا يضمن لانه امتثل امر صاحبها اشبه مالو قال لاتخرجها وان خفت عليها فان اخرجها لغير خوف ضمن سواء اخرجها

مما لا تتعذر إقامة البينة عليه لانه أمر ظاهر فاذا ثبت ذلك كان القول قوله في التلف مع يمينه ولا يحتاج إلى بينة لانه تتعذر إقامة البينة فلم يطالب بها كما لو ادعي التلف بأمر خفي وهذا قول الشافعي والحكم في إخراجها من الخريطة والصندوق حكم اخراجها من البيت على ما مضى من التفصيل فيه

(فصل) ولو أمره أن يجعلها في منزله فتركها في ثيابه وخرج بها ضمنها لان البيت أحرز لها ، وان جاءه بها في السوق فقال احفظها في بيتك فقام بها في الحال فتلفت فلا ضمان عليه ، وان تركها في دكانه أو ثيابه ولم يحملها إلى بيته مع إمكانه فتلفت ضمنها لان بيته أحرز لها هكذا قال أصحابنا ، ويحتمل أنه متى تركها عنده إلى وقت مضيه إلى منزله في العادة فتلفت لم يضمنها لان العادة أن الانسان إذا أودع شيئاً وهو في دكانه أمسكه في دكانه أو في ثيابه إلى وقت مضيه الى منزله فيستصحبه معه والمودع عالم بهذه الحالة راض بها ولو لم يرض بها لشرط عليه خلافها وأمره بتعجيل حملها فاما أن يقبلها بهذا الشرط أو يردها وان قال اجعلها في كمك فجعلها في جيبه لم يضمنها لان الجيب أحرز لها لانه ربما نسي فيسقط الشيء من كمه بخلاف الجيب وان قال اجعلها في جيبك فتركها في كمه ضمنها لذلك وان جعلها في يده ضمن أيضا كذلك وان قال اجعلها في كمك فتركها في يده ففيه وجهان أحدهما يضمن لان سقوط الشيء من اليد مع النسيان أكثر من سقوطه من الكم والثاني لا يضمن لان اليد لا يتسلط عليها الطرار بالبط والكم بخلافه ولان كل واحد منهما أحرز من وجه فيتساويان ، ولمن نصر الوجه الاول أن يقول متى كان كل واحد منهما أحرز من وجه وجب أن يضمن لانه فوت الوجه المأمور بالحفظ به وأتى بما لم يؤمر به فضمن لمخالفته وعلى هذا لو أمر بتركها في يده فجعلها في كمه ضمن لذلك ، وقال القاضي اليد أحرز عند المغالبة فعلى هذا إن أمر بتركها في يده فشدها في كمه عند غير المغالبة فلا ضمان عليه ، وإن فعل ذلك عند المغالبة ضمن وإن أمره بشدها في كمه فأمسكها في يده عند المغالبة لم يضمن وان فعل ذلك عند غير المغالبة ضمن وإن أمره بحفظها مطلقا فتركها في جيبه أو شدها في كمه لم يضمنها وان تركها في كمه غير مشدودة وكانت خفيفة لا يشعر بها إذا سقطت ضمنها لانه مفرط وان كانت ثقيلة يشعر بها لم يضمنها لان هذا عادة

الى مثل الحرز او دونه او فوقه لانه خالف نص صاحبها لغير فائدة وهذا ظاهر كلام الشافعي وفيه قول آخر انه لا يضمن كما لو لم يعين له حرزاً وقد ذكرناه وهو قول القاضي وقال ابو حنيفة ان نهاه عن نقلها من بيت فنقلها الى بيت آخر من الدار لم يضمن لان البيتين من دار واحدة حرز واحد وطريق احدهما طريق الآخر فاشبه ما لو نقلها من زاوية الى زاوية وان نقلها من دار الى دار اخرى ضمن

ولنا انه خالف امر صاحبها بما لا مصلحة فيه فيضمن كما لو نقلها من دار الى دار ولا يصح هذا الفرق لان بيوت الدار تختلف فمنها ما هو اقرب الى الطريق او الى الانهدام او الى موضع الوقود او اسهل فتحاً او اضعف حائطاً أو أسهل نقباً او يكون المالك يسكن به أو غيره واشباه هذا مما يؤثر في الحفظ او في عدمه فلا يجوز تفويت غرض رب الوديعة من تعيينه من غير ضرورة

الناس في حفظ أموالهم فان شدها على عضده لم يضمنها لان ذلك أحفظ لها ، وقال القاضي ان شدها من جانب الجيب لم يضمن وإن شدها من الجانب الآخر ضمنها لان الطرار يقدر على بطها بخلاف ما إذا شدها مما يلي الجيب وهذا يبطل بما إذا تركها في جيبه أو شدها في كمه فان الطرار يقدر على بطها ولا يضمن وليس امكان احرازها بأحفظ الحرزين مانعا من احرازها بما دونه إذا كان حرزا بمثلها وشدها على العضد حرز لها كيفما كان لان الناس يحرزون به أموالهم فأشبه شدها في الكم وتركها في الجيب ولكن لو أمره بشدها مما يلي الجيب فشدها من الجانب الآخر ضمن وان أمره بشدها مما يلي الجانب الآخر فشدها مما يلي الجيب لم يضمن لانه احرز وان أمره بشدها على عضده مطلقا أو امره بحفظها معه فشدها من أي الجانبين كان لم يضمن لانه ممتثل أمر مالكها محرز لها بحرز مثلها وان شدها على وسطه فهو أحرز لها وكذلك ان تركها في بيته في حرزها .

(فصل) وان أمره أن يجعلها في صندرق وقال لاتقفل عليها ولاتنم فوقها فخالفه في ذلك أو قال لاتقفل عليها الا قفلا واحداً فجعل عليها قفلين فلا ضمان عليه ذكره القاضي وهو ظاهر مذهب الشافعي وحكي عن مالك أنه يضمن لانه خالف ربها في شيء له فيه غرض يتعلق بحفظها فأشبه ما لو نهاه عن اخراجها عن منزله فأخرجها لغير حاجة وذلك لان النوم عليها وترك قفلين عليها وزيادة الاحتفاظ بها ينبه اللص عليها ويحثه على الجد في سرقتها والاحتيال لاخذها

ولنا أن ذلك احرز لها فلا يضمن بفعله كما لو أمره بتركها في صحن الدار فتركها في البيت وبهذا ينتقض ما ذكروه .

(فصل) إذا قال اجعلها في هذا البيت ولا تدخله أحداً فأدخل اليه قوما فسرقها احدهم ضمنها لانها ذهبت بتعديه ومخالفته وسواء سرقها حال إدخالهم أو بعده لانه ربما شاهد الوديعة في دخوله البيت وعلم موضعها وطريق الوصول اليها وان سرقها من لم يدخل البيت فقال القاضي لا يضمن لان فعله لم يكن سببا لاتلافها ويحتمل ان يلزمه الضمان لان الداخل ربما دل عليها من لم يدخل ولانها

﴿ مسئلة ﴾ (فان قال لاتخرجها وان خفت عليها فاخرجها عند الخوف أو تركها لم يضمن)

اذا أخرجها في هذه الحال من غير خوف ضمنها لانه مخالف شرط صاحبها لغير حاجة وان أخرجها عند خوفه عليها أو تركها لم يضمن إذا تلفت مع خوف الهلاك نص فيه وتصريح به فيكون مأذوناً في تركها في تلك الحال فلم يضمنها لامتثاله امر صاحبها اشبه مالو اذن له في اتلافها ولا يضمن إذا أخرجها لانه زاده خيراً وحفظاً فلم يضمن كما لو أذن له في إتلافها فلم يفعل حتى تلفت

(فصل) اذا أخرج الوديعة المنهي عن اخراجها فتلفت فادعى أنه أخرجها لغشيان نار أو سيل أو أمر ظاهر وانكر صاحبها وجوده فعلى المستودع البينة انه كان في ذلك الموضع ما ادعاه لانه مما لا تتعذر اقامة البينة عليه لظهوره فاذا ثبت ذلك كان القول قوله في التلف مع يمينه ولا يحتاج الى بينة لانه تتعذر إقامة البينة فلم يطالب بها

مخالفة توجب الضمان اذا كانت سببا لاتلافها فأوجبته وان لم تكن سببا كما لو نهاه عن إخراجها فأخرجها لغير حاجة .

(فصل) إذا قال ضع هذا الخاتم في الخنصر فوضعه في البنصر لم يضمنه لانها أغلظ وأحفظ له إلا أن لا يدخل فيها فيضعه في أنملتها العليا فيضمنه أو ينكسر بها لغلظها عليه فيضمنه أيضا لان مخالفته سبب لتلفه .

﴿مسئلة﴾ قال (واذا أودعه شيئا ثم سأله دفعه اليه في وقت أمكنه ذلك فلم يفعل حتى تلف فهو ضامن)

لا خلاف في وجوب رد الوديعة على مالكها إذا طلبها فامكن أداؤها اليه بغير ضرورة وقد أمر الله تعالى بذلك فقال تعالى (إن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها) وامر به رسول الله ﷺ فقال « أد الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك » يعني عند طلبها ولانها حق لمالكها لم يتعلق بها حق غيره فلزم أداؤها اليه كالمغصوب والدين الحال فان امتنع من دفعها في هذه الحال فتلفت ضمنها لانه صار غاصبا لكونه امسك مال غيره بغير إذنه بفعل محرم فأشبه الغاصب فأما ان طلبها في وقت لم يمكن دفعها اليه لبعدها أو لمخافة في طريقها أو للعجز عن حملها أو غير ذلك لم يكن متعديا بترك تسليمها لان الله تعالى لا يكلف نفسا الا وسعها وإن تلفت لم يضمنها لعدم عدوانه وان قال أمهلوني حتى أقضي صلاتي أو آكل فاني جائع أو أنام فاني ناعس أو ينهضم عني الطعام فاني ممتلئ أمهل بقدر ذلك .

(فصل) وليس على المستودع مؤنة الرد وحملها الى ربها اذا كانت مما لحمله مؤنة قلت المؤنة أو كثرت لانه قبض العين لمنفعة مالكها على الخصوص فلم تلزمه الغرامة عليها كما لو وكله في حفظها في ملك صاحبها وانما عليه التمكين من أخذها وان سافر بها بغير إذن ربها فعليه ردها الى بلدها لانه بعدها بغير اذن ربها فلزمه ردها كالغاصب

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا مات وعنده وديعة لا تتميز من ماله فصاحبها غريم بها)

وجملته أن الرجل إذا مات وثبت أن عنده وديعة لم توجد بعينها فهي دين عليه يغرم من تركته فان كان عليه دين سواها فهي والدين سواء فان وفت تركته بهما وإلا اقتسماها بالحصص وبهذا قال

كما لو ادعى تلفها بأمر خفي وهذا قول الشافعي والحكم في اخراجها من الخريطة والصندوق حكم اخراجها من البيت على ما ذكرنا من التفصيل

(فصل) ولو أمره أن يجعلها في منزله فتركها في ثيابه وخرج بها ضمنها لان البيت أحرز لها وإن جاءه بها في السوق فقال احفظها في بيتك فقام بها في الحال فتلفت لم يضمن وإن تركها في دكانه أو ثيابه ولم يحملها إلى بيته مع إمكانه فتلفت ضمنها لان بيته أحرز لها هكذا قال أصحابنا

قال شيخنا ويحتمل أنه متى تركها عنده إلى وقت مضيه إلى منزله فيصطحبه معه لم يضمن لان المودع عالم بهذه العادة راض بها ولو لم يرض بها لشرط عليه خلافها وأمره بتعجيل حملها فاما ان يقبلها بهذا الشرط أو يردها

الشعبي والنخعي وداود بن أبي هند ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وإسحاق وروي ذلك عن شريح ومسروق وعطاء وطاوس والزهري وأبي جعفر محمد بن علي، وروي عن النخعي الامانة قبل الدين وقال الحارث العكلي: الدين قبل الامانة

ولنا أنهما حقان وجبا في ذمته فتساويا كالدينين وسواء وجد في تركته من جنس الوديعة أو لم يوجد وهذا إذا أقر المودع ان عندي وديعة أو علي وديعة لفلان أو ثبت ببينة أنه مات وعنده وديعة فأما إن كانت عنده وديعة في حياته ولم توجد بعينها ولم يعلم هل هي باقية عنده أو تلفت؟ ففيه وجهان (أحدهما) وجوب ضمانها لان الوديعة يجب ردها الا أن يثبت سقوط الرد بالتلف من غير تعد ولم يثبت ذلك ولان الجهل بعينها كالجهل بها وذلك لا يسقط الرد (والثاني) لا ضمان عليه لان الوديعة أمانة والاصل عدم اتلافها والتعدي فيها فلم يجب ضمانها وهذا قول ابن أبي ليلى واحد الوجهين لاصحاب الشافعي وظاهر المذهب الاول لان الاصل وجوب الرد فيبقى عليه مالم يوجد ما يزيله

(فصل) وان مات وعنده وديعة معلومة بعينها فعلى ورثته تمكين صاحبها من أخذها فان لم يعلم بموت صاحبها من أخذها وجب عليهم إعلامه بها وليس لهم إمساكها قبل أن يعلم بها ربها لانه لم يأتمنهم عليها وانما حصل مال غيرهم في أيديهم بمنزلة من أطارت الريح إلى داره ثوبا وعلم به فعليه اعلام صاحبه به فان أخر ذلك مع الامكان ضمن كذا هاهنا ولا تثبت الوديعة إلا باقرار من الميت أو ورثته أو بينة تشهد بها وان وجد عليها مكتوب وديعة لم يكن حجة عليهم لجواز أن يكون الظرف كانت فيه وديعة قبل هذا أو كان وديعة لمورثهم عند غيره أو كانت وديعة فابتاعها و كذلك لو وجد في روزنامج أبيه ان لفلان عندي وديعة لم يلزمه بذلك لجواز أن يكون قد ردها ونسي الضرب على ما كتب أو غير ذلك:

﴿مسئلة﴾ قال (واذا طالبه بالوديعة فقال ما أودعتني ثم قال ضاعت من حرز كان ضامنا لانه خرج من حال الامانة ولو قال مالك عندي شيء ثم قال ضاعت من حرز كان القول قوله ولا ضمان عليه

وجملة ذلك أنه اذا ادعى على رجل وديعة فقال ما أودعتني ثم ثبت أنه أودعه فقال أودعتني وهلكت من حرزي لم يقبل قوله ولزمه ضمانها وبهذا قال مالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي لانه مكذب لانكاره الاول ومعترف على نفسه بالكذب المنافي للامانة وان أقر له بتلفها من حرزه قبل جحده فلا ضمان عليه وان أقر أنها تلفت بعد جحوده لم يسقط عنه

﴿مسئلة﴾ (وإن أودعه بهيمة فلم يعلفها حتى ماتت ضمنها إلا أن ينهاه المالك عن علفها)

إذا أودعه بهيمة ولم يأمره بعلفها لزمه ذلك وبه قال الشافعي ويحتمل أن لا يلزمه وبه قال أبو حنيفة لانه استحفظه إياها ولم يأمره بعلفها والعلف على مالكها فاذا لم يعلفها كان هو المفرط

الضمان لانه خرج بالجحود عن الامانة فصار ضامنا كمن طولب بالوديعة فامتنع من ردها وان أقام البينة بتلفها بعد الجحود لم يسقط عنه الضمان لذلك وان شهدت بتلفها قبل الجحود من الحرز فهل تسمع بينته ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا تسمع لانه مكذب لها بانكاره الايداع (والثاني) تسمع بينته لان المودع لو اعترف بذلك سقط عنه فتسمع البينة به فان شهدت بالتلف من الحرز ولم تعين قبل الجحود ولا بعده واحتمل الامرين لم يسقط الضمان لان الاصل وجوبه فلا ينتفي بأمر متردد وأما اذا ادعى الوديعة فقال مالك عندي شيء أو لا تستحق علي شيئا فقامت البينة بالايداع أو أقر به المودع ثم قال ضاعت من حرز كان القول قوله مع يمينه ولا ضمان عليه لان قوله لا ينافي ما شهدت به البينة ولا يكذبها فان من تلفت الوديعة من حرزه بغير تفريطه فلا شيء لمالكها عنده ولا يستحق عليه شيئا لكن ان ادعى تلفها بعد جحوده أو قامت بينة بتلفها بعد الجحود وانها كانت عنده حال جحوده فعليه ضمانها لان جحوده أوجب الضمان عليه فصار كالغاصب

(فصل) اذا نوى الخيانة في الوديعة بالجحود أو الاستعمال ولم يفعل لم يصر ضامنا لانه لم يحدث في الوديعة قولا ولا فعلا فلم يضمن كما لو لم ينو وقال ابن شريح يضمنها لانه أمسكها بنية الخيانة فيضمنها كالملتقط بقصد التمليك

ولنا قول النبي ﷺ « عفي عن أمتي الخطأ والنسيان وما حدثت به انفسها مالم تكلم به أو تعمل به » ولانه لم يخن فيها بقول ولا فعل فلم يضمنها كالذي لم ينو وفارق الملتقط بقصد التملك فانه عمل فيها بأخذها ناويا للخيانة فيها فوجب الضمان بفعله المنوي لا بمجرد النية ولو التقطها قاصدا لتعريفها ثم نوى بعد ذلك امساكها لنفسه كانت كمسألتنا ولو أخرجها بنية الاستعمال ولم يستعملها ضمنها وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يضمنها الا بالاستعمال لانه لو أخرجها لنقلها لم يضمنها

ولنا انه تعدى باخراجها اشبه مالو استعملها بخلاف ما اذا نقلها

(فصل) والمودع أمين والقول قوله فيما يدعيه من تلف الوديعة بغير خلاف قال بن المنذر أجمع

ولنا أنه لا يجوز اتلافها ولا التفريط فيها فاذا أمره بحفظها تضمن ذلك علفها وسقيها فان ترك علفها حتى تلفت ضمنها لانه مفرط فيها فان أمره صاحبها بعلفها وسقيها لزمه ذلك لحرمة صاحبها لانه أخذها منه على ذلك ولحرمة البهيمة فان الحيوان يجب احياؤه بالعلف والسقي ويحتمل أن لا يلزمه علفها إلا أن يقبل ذلك لان هذا تبرع به فلا يلزمه بمجرد أمر صاحبها كغير الوديعة والاول أولى ثم ينظر فان قدر المستودع على صاحبها أو وكيله طالبه بالانفاق عليها أو يردها عليه أو يأذن له في الانفاق عليها ليرجع به فان عجز عن صاحبها أو وكيله رفع الامر إلى الحاكم فان وجد لصاحبها مالا أنفق عليها منه وإن لم يجد مالا فعل ما يرى لصاحبها الحظ فيه من بيعها أو بيع بعضها أو انفاقه عليها أو إجارتها أو الاستدانة على صاحبها ويدفع إلى المودع لينفقه عليها أو إلى غيره فينفق عليها إن رأى

كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن المودع إذا أحرز الوديعة ثم ذكر أنها ضاعت أن القول قوله وقال أكثرهم مع يمينه وان ادعى ردها على صاحبها فالقول قوله مع يمينه أيضاً وبه قال الثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وقال مالك ان كان دفعها اليه بغير بينة وان كان أودعه إياها ببينة لم يقبل قوله في الرد إلا ببينة .

ولنا أنه أمين لا منفعة له في قبضها فقبل قوله في الرد بغير بينة كما لو أودع بغير بينة وان قال دفعتها إلى فلان بأمرك فأنكر مالكها الاذن في دفعها فالقول قول المودع نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وهو قول بن أبي ليلى وقال مالك والثوري والعنبري والشافعي وأصحاب الرأي القول قول المالك لان الاصل عدم الاذن وله تضمينه

ولنا أنه ادعى دفعاً يبرأ به من الوديعة فكان القول قوله كما لو ادعى ردها على مالكها ولو اعترف المالك بالاذن ولكن قال لم يدفعها فالقول قول المستودع أيضا ثم ننظر في المدفوع اليه فان أقر أنه قبضه وكان الدفع في دين فقد برىء الكل وان أنكر فالقول قوله مع يمينه

وقد ذكر أصحابنا أن الدافع يضمن لكونه قضى الدين بغير بينة ولا يجب اليمين على صاحب الوديعة لان المودع مفرط لكونه أذن في قضاء يبرئه من الحق ولم يبرأ بدفعه فكان ضامنا سواء صدقه أو كذبه ، وإن أمره بدفعه وديعة لم يحتج إلى بينة لان المودع يقبل قوله في التلف والرد فلا فائدة في الاشهاد عليه فعلى هذا يحلف المودع ويبرأ ويحلف الآخر ويبرأ أيضا ويكون ذهابها من مالكها

(فصل) واذا أودع بهيمة فأمره صاحبها بعلفها وسقيها لزمه ذلك لوجهين (أحدهما) لحرمة صاحبها لانه أخذها منه على ذلك (والثاني) لحرمة البهيمة فان الحيوان يجب احياؤه بالعلف والسقي ويحتمل أن لايلزمه علفها إلا أن يقبل ذلك لان هذا تبرع منه فلا يلزمه بمجرد أمر صاحبها كغير الوديعة ، وإن أطلق ولم يأمره بعلفها لزمه ذلك أيضا وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن لايلزمه ذلك ، وبه قال أبوحنيفة لانه استحفظه اياها ولم يأمره بعلفها والعلف على مالكها فاذا لم يعلفها كان هو المفرط في ماله

ولنا أنه لايجوز إتلافها ولا التفريط فيها فاذا أمره بحفظها تضمن ذلك علفها وسقيها ثم ننظر فان

ذلك ويجوز أن يأذن للمودع أن ينفق عليها من ماله ويكون قابضاً من نفسه لنفسه ويكل ذلك إلى اجتهاده في قدر ما ينفق ويرجع به على صاحبها فان اختلفا في قدر النفقة قبل قول المودع إذا ادعى النفقة بالمعروف وإن ادعى زيادة لم يقبل وإن اختلفا في قدر المدة فالقول قول صاحبها لان الاصل عدم ذلك وإن لم يقدر على الحاكم فانفق عليها محتسباً بالرجوع على صاحبها وأشهد على الرجوع رجع بما أنفق لانه مأذون فيه عرفا ولا تفريط منه إذ لم يجد حاكما وإن فعل ذلك مع امكان استئذان الحاكم من غير إذنه ففيه روايتان نص عليهما فيما إذا أنفق على البهيمة المرهونة من غير إذن الراهن (احداهما) يرجع لانه مأذون فيه عرفاً (والثانية) لا يرجع لانه مفرط بترك استئذان الحاكم وإن أنفق من غير إشهاد مع العجز عن استئذان الحاكم أو مع امكانه ففي الرجوع أيضاً وجهان وجههما ما ذكرنا ومتى

قدر المستودع على صاحبها أو وكيله طالبه بالانفاق عليها أو بردها عليه أو يأذن له في الانفاق عليها ليرجع به ، فاذا عجز عن صاحبها أو وكيله رفع الامر إلى الحاكم فان وجد لصاحبها مالا أنفق عليها منه وإن لم يجد مالا فعل ما يرى لصاحبها الحظ فيه من بيعها أو بيع بعضها وانفاقه عليها أو اجارتها أو الاستدانة على صاحبها من بيت المال أو من غيره ويدفع ذلك إلى المودع إن أراد ذلك لينفقه عليها وإن رأى دفعه الى غيره ليتولى الانفاق عليها جاز ، وإن استدان من المودع جاز أن يدفعه اليه ليتولى الانفاق عليها لانه أمين عليها ويجوز أن يأذن له الحاكم في أن ينفق عليها من ماله ويكون قابضا لنفسه من نفسه ويكل ذلك إلى اجتهاده في قدر ما ينفق ويرجع به على صاحبها فان اختلفا في قدر النفقة فالقول قول المودع اذا ادعى النفقة بالمعروف ، وإن ادعى أكثر من ذلك لم يثبت له ، وإن اختلفا في قدر المدة التي أنفق فيها فالقول قول صاحبها لان الاصل عدم ذلك فان لم يقدر على الحاكم فأنفق عليها محتسبا بالرجوع على صاحبها وأشهد على الرجوع رجع بما أنفق رواية واحدة لانه مأذون فيه عرفا ولا تفريط منه اذا لم يجد حاكما ، وإن فعل ذلك مع امكان استئذان الحاكم من غير اذنه فهل له الرجوع ؟ يخرج على روايتين نص عليهما فيما اذا أنفق على البهيمة المرهونة من غير اذن الراهن وفي الضامن اذا ضمن وأدى بغير اذن المضمون عنه هل يرجع به ؟ على روايتين (احداهما) يرجع به لانه مأذون فيه عرفا (والثانية) لا يرجع لانه مفرط بترك استئذان الحاكم ، وإن أنفق من غير اشهاد مع العجز عن استئذان الحاكم أو مع امكانه ففي الرجوع وجهان أيضا كذلك ومتى علف البهيمة أو سقاها في داره أو غيرها بنفسه أو أمر غلامه أو صاحبه ففعل ذلك كما يفعل في بهائمه على ما جرت به العادة فلا ضمان عليه لان هذا مأذون فيه عرفا لجريان العادة به فأشبه المصرح به

(فصل) وإن أودعه البهيمة وقال لا تعلفها ولا تسقها لم يجز له ترك علفها لان للحيوان حرمة في نفسه يجب احياؤه لحق الله تعالى ، فان علفها وسقاها كان كالقسم الذي قبله ، وإن تركها حتى تلفت لم يضمنها وهذا قول عامة أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم يضمن لانه تعدى بترك علفها أشبه اذا لم

علف البهيمة أو سقاها في داره أو غيرها بنفسه أو أمر غلامه أو صاحبه ففعل ذلك كما يفعل في بهائمه على ما جرت به العادة فلا ضمان فيه لان هذا مأذون فيه عرفا لجريان العادة به فأشبه المصرح به

(فصل) فان نهاه المالك عن علفها وسقيها لم يجز له ترك علفها لان للحيوان حرمة في نفسه يجب احياؤه لحق الله تعالى فان علفها وسقاها فهو كما لو لم ينهه وإن تركها حتى تلفت لم يضمنها وهو قول أكثر أصحاب الشافعي وقال بعضهم يضمن لانه تعدى بترك علفها أشبه ما إذا لم ينهه وهو قول ابن المنذر لنهي رسول الله ﷺ عن إضاعة المال فيصير أمر مالكها وسكوته سواء

ولنا أنه ممتثل قول صاحبها فلم يضمنها كما لو أمره بقتلها ففعل وكما لو قال لا تخرج الوديعة وإن خفت عليها فخاف عليها ولم يخرجها او امره بالقائها في نار وبهذا ينتقض ماذكروه ومنع ابن المنذر الحكم فيما اذا

ينهه وهذا قول ابن المنذر لنهي رسول الله ﷺ عن اضاعة المال فيصير أمر مالكها ومكرته سواء

ولنا أنه ممتثل لامر صاحبها فلم يضمنها كما لو قال اتلفها فقتلها وكما لو قال لاتخرج الوديعة وإن خفت عليها فخاف عليها ولم يخرجها أو أمره صاحبها بالقائها في نار أو بحر وبهذا ينتقض ماذكروه ومنع ابن المنذر الحكم فيما اذا أمره باتلافها وأتلفها لما تقدم ولا يصح لانه نائب لصاحبها فلم يغرم له شيئاً كما لو استنابه في مباح والتحريم أثره في بقاء حق الله تعالى وهو التأثيم أما حق الآدمي فلا يبقى مع اذنه في تفويته ولانها لم تتلف بفعله وانما تلفت بترك العلف المأذون فيه أشبه مالو قال له لاتخرجها اذا خفت عليها فلم يخرجها.

﴿ مسئلة ﴾ قال رحمه الله (ولو كان في يده وديعة فادعاها نفسان فقال أودعني أحدهما ولا أعرفه عينا أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف أنها له وسلمت اليه)

وجملته أن من كانت عنده وديعة فادعاها نفسان فأقر بها لاحدهما سلمت اليه لان يده دليل ملكه فلو ادعاها لنفسه كان القول قوله فاذا أقر بها لغيره وجب أن يقبل ويلزمه أن يحلف للآخر لانه منكر لحقه فان حلف برىء وإن نكل لزمه أن يغرم له قيمتها لانه فوتها عليه وكذلك لو أقر للثاني بها بعد أن أقر بها للاول سلمت الى الاول لانه استحقها باقراره وغرم قيمتها للثاني نص على هذا أحمد وإن أقر بها لهما جميعا فهي بينهما ويلزمه اليمين لكل واحد منهما في نصفها وإن قال هي لاحدهما لا أعرفه عينا فاعترفا له بجهله تعيين المستحق لها فلا يمين عليه، وان ادعيا معرفته فعليه يمين واحدة أنه لا يعلم ذلك، وقال أبو حنيفة يحلف يمينين كما لو أنكر أنها لهما

ولنا أن الذي يدعي عليه أمر واحد وهو العلم بعين المالك فكفاه يمين واحدة كما لو ادعياها فأقر بها لأحدهما ويفارق ما اذا أنكرهما لان كل واحد منهما يدعي عليه انها له فهما دعويان فان حلف أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وسلمت اليه

أمره باتلافها فاتلفها ولا يصح لانه نائب صاحبها فلم يغرم كما لو استنابه في مباح والتحريم أثره في بقاء حق الله تعالى وهو الاثم اما حق الآدمي فلا يبقى مع اذنه في تفويته ولانها لم تتلف بفعله وانما تلفت بترك العلف المأذون فيه اشبه ما اذا نهاه عن اخراجها مع الخوف فلم يخرجها

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال اترك الوديعة في جيبك فتركها في كمه ضمن)

لانه ربما نسي فسقط الشيء من كمه وكذلك ان تركها في يده لان الجيب احرز وان قال اتركها في كمك فتركها في جيبه لم يضمن لان الجيب احرز على ما ذكرنا وان قال اتركها في كمك فتركها في يده احتمل وجهين احدهما يضمن لان سقوط الشيء من اليد مع النسيان أكثر من سقوطه من الكم (والثاني) لا يضمن لأن اليد لا ينبسط عليها الطرار بالبط بخلاف الكم ولأن كل واحد منهما أحرز من وجه فتساويا ولمن نصر الاول أن يقول متى كان كل واحد منهما أحرز من

وقال الشافعي يتحالفان ويوقف الشيء بينهما حتى يصطلحا وهو قول ابن أبي ليلى لانه لا يعلم المالك منهما ، وللشافعي قول آخر أنها تقسم بينهما كما لو أقر بها لهما وهذا الذي حكاه ابن المنذر عن ابن أبي ليلى وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه فيما حكي عنهم قالوا ويضمن المستودع نصفها لكل واحد منهما لانه فوت ما استودع بجهله

ولنا أنهما تساويا في الحق فيما ليس بأيديهما فوجب أن يقرع بينهما كالعبدين إذا أعتقهما في مرضه فلم يخرج من الثلث إلا أحدهما أو كما لو أراد السفر باحدى نسائه ، وقول أبي حنيفة ليس بصحيح فان العين لم تتلف . ولو تلفت بغير تفريط منه فلا ضمان عليه وليس في جهله تفريط إذ ليس في وسعه أن لا ينسى ولا يجهل

(مسئله) قال (ومن أودع شيئا فأخذ بعضه ثم رده أو مثله فضاع الكل لزمه مقدار ما أخذ)

وجملته ان من أودع شيئا فأخذ بعضه لزمه ضمان ما أخذ فان رده أو مثله لم يزل الضمان عنه ، وبهذا قال الشافعي وقال مالك لا ضمان عليه اذا رده أو مثله وقال أصحاب الرأي ان لم ينفق ما أخذه ورد لم يضمن وإن أنفقه ثم رده أو مثله ضمن

ولنا أن الضمان تعلق بذمته بالأخذ بدليل انه لو تلف في يده قبل رده ضمنه فلا يزول إلا برده إلى صاحبه كالمغصوب ، فأما سائر الوديعة فينظر فيه فان كان في كيس مختوم أو مشدود فكسر الختم او حل الشد ضمن سواء أخرج منه أو لم يخرج لانه هتك الحرز بفعل تعدى به ، وان خرق الكيس فوق الشد فعليه ضمان ما خرق خاصة لانه ما هتك الحرز ، وان لم تكن الدراهم في كيس أو كانت في كيس غير مشدود أو كانت ثيابا فأخذ منها واحداً ثم رده بعينه لم يضمن غيره لانه لم يتعد في غيره وان رد بدله وكان متميزاً لم يضمن غيره لذلك وان لم يكن متميزاً فظاهر كلام الخرقي ههنا أنه لا يضمن غيره لان التعدي اختص به فيختص الضمان به وخلط المردود بغيره لا يقتضي الضمان لانه يجب رده معها فلم يفوت على نفسه إمكان ردها بخلاف ما اذا خلطه بغيره ولو أذن له صاحب الوديعة في الاخذ منها ولم يأمره برد

وجه وجب أن يضمن لانه فوت الوجه المأمور بالحفظ به وأتى بما لم يؤمر به فضمن لمخالفته وعلى هذا لو أمره بتركها في يده فجعلها في كمه ضمن كذلك وقال القاضي اليد أحرز عند المغالبة والكم أحرز عند عدم المغالبة فعلى هذا إن أمره بتركها في يده فشدها في كمه من غير حال المغالبة فلا ضمان عليه وإن فعل ذلك عند المغالبة ضمن وإن أمره بحفظها مطلقاً فتركها في جيبه أو شدها في كمه لم يضمنها وإن تركها في كمه غير مشدودة وكانت خفيفة لا يشعر بها اذا سقطت ضمنها لأنه مفرط وإن كانت ثقيلة يشعر بها لم يضمنها لان هذا عادة الناس في حفظ أموالهم وإن شدها على عضده لم يضمن لان ذلك احفظ لها وقال القاضي إن شدها من جانب الجيب لم يضمنها وان شدها من الجانب الآخر ضمن لأن الطرار يقدر على بطها بخلاف ما اذا شدها مما يلي الجيب وهذا يبطل بما اذا تركها في جيبه أو ربطها في كمه فان الطرار

بدله فأخذ ثم رد بدل ما أخذ فهو كرد بدل ما لم يؤذن في أخذه وقال القاضي يضمن الكل وهو قول الشافعي لانه خلط الوديعة بما لا يتميز منها فضمن الكل كالوخلطها بغير البدل وقد ذكرنا فرقا بين البدل وغيره فلا يصح القياس وقال ابو حنيفة اذا كسر ختم الكيس لم يلزمه ضمان الوديعة لانه لم يتعد في غيره

ولنا أنه هتك حرزها فضمنها اذا تلفت كما لو أودعه اياها في صندوق مقفل ففتحه وتركه مفتوحا ولا نسلم أنه لم يتعد في غير الختم

(فصل) واذا ضمن الوديعة بالاستعمال أو بالجحد ثم ردها الى صاحبها زال عنه الضمان، فان ردها صاحبها اليه كان ابتداء استئمان وان لم يردها اليه ولكن جدد له الاستئمان أو أبرأه من الضمان بريء من الضمان في ظاهر المذهب لان الضمان حقه فاذا أبرأه منه بريء كما لو أبرأه من دين في ذمته، واذا جدد له استئمانا فقد انتهى القبض المضمون به فزال الضمان، وقد قال أصحابنا إذا رهن المغصوب عند الغاصب أو أودعه عنده زال عنه ضمان الغصب فههنا أولى

(فصل) ولو تعدى فلبس الثوب وركب الدابة أو أخذ الوديعة ليستعملها أو ليخزن فيها ثم ردها الى موضعها بنية الامانة لم يبرأ من الضمان، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يبرأ لانه ممسك لها باذن مالكها فأشبه ما قبل التعدي

ولنا انه ضمنها بعدوان فبطل الاستئمان كما لو جحدها ثم أقر بها وبهذا يبطل ماذكروه

(فصل) ولا يصح الايداع إلا من جائز التصرف فان أودع طفل أو معتوه إنسانا وديعة ضمنها بقبضها ولا يزول الضمان عنه بردها اليه وانما يزول بدفعها الى وليه الناظر له في ماله أو الحاكم، فان كان الصبي مميزاً صح إيداعه لما أذن له في التصرف فيه لانه كالبالغ بالنسبة إلى ذلك فان أودع رجل عند صبي أو معتوه وديعة فتلفت لم يضمنها سواء حفظها أو فرط في حفظها، فان أتلفها أو أكلها ضمنها في قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي، ومن أصحابنا من قال لاضمان عليه وهو قول أبي حنيفة لانه سلطه على إتلافها بدفعها اليه فلا يلزمه ضمانها، ألا ترى انه لو دفع إلى صغير سكينا فوقع عليها كان ضمانه على عاقلته

يقدر على بطها ولا يضمن وليس امكان حرزها بأحفظ الحرزين مانعاً من احرازها بما دونه اذا كان حرزاً لمثلها وشدها على العضد حرز لها كيفما كان لان الناس يحرزون به أموالهم فاشبه شدها في الكم وتركها في الجيب لكن لو أمره بشدها مما يلي الجيب فشدها من الجانب الآخر ضمن وإن أمره بشدها مما يلي الجانب الاخر فشدها مما يلي الجيب لم يضمن لأنه أحرز وإن أمره بشدها على عضده مطلقاً أو أمره بحفظها معه فشدها من أي الجانبين كان لم يضمن لانه ممتثل أمر مالكها محرز لها بحرز مثلها وإن شدها على وسطه فهو أحرز لها وكذلك إن تركها في بيته في حرزها

(مسألة) وإن أمره أن يجعلها في صندوق وقال لاتقفل عليها ولا تنم فوقها فخالفه أو قال لا تقفل

ولنا ان ماضمنه باتلافه قبل الايداع ضمنه بعد الايداع كالبالغ . ولا يصح قولهم انه سلطه على اتلافها وانما استحفظه اياها، وفارق دفع السكين فانه سبب للاتلاف ودفع الوديعة بخلافه

(فصل) وان أودع عبداً وديعة خرج على الوجهين في الصغير ان قلنا لا يضمن الصبي فأتلفها العبد كانت في ذمته وان قلنا يضمن كانت في رقبته

(فصل) وان غصبت الوديعة من المودع قهراً فلاضمان عليه سواء أخذت من يده أو أكره على تسليمها فسلمها بنفسه لان الاكراه عذر لهايبيح له دفعها فلم يضمنها كما لو أخذت من يده قهرا

﴿ باب قسمة الفيء والغنيمة والصدقة ﴾

الفيء هو الراجع الى المسلمين من مال الكفار بغير قتال، يقال فاء الفيء اذا رجع نحو المشرق. والغنيمة ما أخذ منهم قهراً بالقتال واشتقاقها من الغنم وهو الفائدة وكل واحد منها في الحقيقة فيء وغنيمة وانما خص كل واحد منهما باسم ميز به عن الآخر، والاصل فيهما قول الله تعالى (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى) الآية وقوله سبحانه (واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه) الآية

﴿ مسئلة ﴾ قال (والاموال ثلاثة فيء وغنيمة وصدقة)

يعني والله أعلم أن الاموال التي تليها الولاة من أموال المسلمين فانها ثلاثة أقسام: قسمان يؤخذان من مال المشركين (أحدهما) الفيء وهو ماأخذ من مال مشرك لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب كالذي تركوه فزعا من المسلمين وهربوا. والجزية عشر أموال أهل دار الحرب اذا دخلوا الينا تجاراً ونصف عشر تجارات أهل الذمة وخراج الارضين ومال من مات من المشركين ولا وارث له . والغنيمة ما أخذ بالقهر والقتال من الكفار ، والقسم الثالث الصدقة وهو ماأخذ من مال مسلم تطهيراً له وهو الزكاة وقد ذكرناها، يروى أن عمر رضي الله عنه قرأ قوله تعالى (انما الصدقات للفقراء والمساكين

عليها الا قفلا واحداً فجعل عليها قفلين فلاضمان عليه ذكره القاضي وهو ظاهر مذهب الشافعي وحكي عن مالك أنه يضمن لانه خالف ربها في شيء له فيه غرض يتعلق بحفظها أشبه مالو نهاه عن اخراجها عن منزله فأخرجها لغير حاجة وذلك لأن النوم عليها وترك قفلين وزيادة الاحتفاظ ينبه اللص عليها ويحثه على الجد في سرقتها والاحتيال لاخذها

ولنا أن ذلك أحرز لها فلم يضمن بفعله كما لو أمره بتركها في صحن الدار فتركها في البيت وبهذا ينتقض ماذكروه

(فصل) وإن قال اجعلها في هذا البيت ولا تدخله أحداً فأدخل اليه قوما فسرقها أحدهم ضمنها لانها ذهبت بتعديه ومخالفته وسواء سرقها حال ادخالهم او بعده لانه ربما شاهد الوديعة في دخوله البيت وعلم موضعها وطريق الوصول اليها وإن سرقها من لم يدخل البيت فقال القاضي لايضمن لأن فعله لم يكن

- حتى بلغ - عليم حكيم) ثم قال هذه لهؤلاء ثم قرأ (واعلموا انما غنمتم من شيء فأن لله خمسه - حتى بلغ وابن السبيل) ثم قال هذه لهؤلاء ثم قرأ (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى - حتى بلغ - والذين جاءوا من بعدهم) ثم قال هذه استوعبت المسلمين عامة ولئن عشت ليأتين الراعي وهو بسرو حمير نصيبه منها لم يعرق به جبينه

(فصل) ولم تكن الغنائم تحل لمن مضى من الامم وانما علم الله ضعفنا فطيبها لنا رحمة لنا ورأفة بنا وكرامة لنبينا ﷺ روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « أعطيت خمسا لم يعطهن نبي قبلي - فذكر فيها - أحلت لي الغنائم » متفق عليه وقال سعيد حدثنا أبو معاوية عن الاعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « لم تحل الغنائم لقوم سود الرءوس غيركم، كانت تنزل نار من السماء فتأكلها » ثم كانت في أول الاسلام لرسول الله ﷺ بدليل قول الله تعالى (يسئلونك عن الانفال قل الانفال لله والرسول) ثم صار أربعة أخماسها للغانمين والخمس لغيرهم بدليل قوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شيء فأن لله خمسه) فأضاف الغنيمة اليهم وجعل الخمس لغيرهم فيدل ذلك على أن سائرها لهم وجرى ذلك مجرى قوله تعالى (وورثه أبواه فلأمه الثلث) أضاف ميراثه اليهما ثم جعل للأم منه الثلث فدل على أن الباقي للاب وقال تعالى (فكلوا مما غنمتم حلالا طيبا) فأحلها لهم

﴿ مسئلة ﴾ قال (فالفيء ما أخذ من مال مشرك بحال ولم يوجف عليه بخيل ولا ركاب والغنيمة ما أوجف عليها)

الركاب الابل خاصة والايجاف أصله التحريك والمراد ههنا الحركة في السير اليه . قال قتادة فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ماقطعتم واديا ولا سيرتم اليها دابة انما كانت حوائط بني النضير أطعمها الله رسول الله ﷺ قال ابو عبيد الايجاف الايضاع يعني الاسراع ، وقال الزجاج الوجيف دون التقريب من السير يقال وجف الفرس وأوجفت أنا قال الله تعالى (ما أفاء الله على رسوله منهم

سبباً لاتلافها ويحتمل ان يضمن لان الداخل ربما دل عليها من لم يدخلها ولانها مخالفة توجب الضمان اذا كان سبباً لاتلافها فأوجبته وإن لم يكن سبباً كما لو نهاه عن اخراجها فأخرجها لغير حاجة، وإن قال ضع هذا الخاتم في الخنصر فوضعه في البنصر لم يضمن لأنها أغلظ وأحفظ له الا أن لايدخل فيها فيضعه في أعلاها العليا أو ينكسر لغلظها عليه فيضمنه في الموضعين لأن مخالفته سبب لتلفه

﴿ مسئلة ﴾ (وإن دفع الوديعة إلى من يحفظ ماله كزوجته أو عبده لم يضمن)

نص على هذا أحمد وهو قول أبي حنيفة وقال الشافعي يضمن لانه سلم الوديعة إلى من لم يرض به صاحبها فضمنها كما لو دفعها الى أجنبي

فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب) فكل ما أخذ من مال مشرك بغير إيجاف مثل الاموال التي يتركونها فزعا من المسلمين ونحو ذلك هو فيء وما أجلب عليه المسلمون وساروا اليه وقاتلوهم عليه فهو غنيمة سواء أخذ عنوة أواستنزلوا أهله بأمان فان النبي ﷺ افتتح حصون خيبر بعضها عنوة و بعضها استنزل أهله بالامان فكانت غنيمة كلها

﴿ مسئلة ﴾ قال (نخمس الفيء والغنيمة مقسوم على خمسة أسهم)

في هذه المسئلة فصول أربعة (أحدها) أن الفيء مخموس كما تخمس الغنيمة في احدى الروايتين وهومذهب الشافعي (والرواية الثانية) لايخمس نقلها ابو طالب فقال : انما تخمس الغنيمة قال القاضي لم أجد بما قال الخرقي من أن الفيء مخموس نصا فاحكيه وانما نص على أنه غير مخموس وهذا قول عامة أهل العلم قال ابن المنذر ولا نحفظ عن احد قبل الشافعي في الفيء خمس كخمس الغنيمة ، وأخبار عمر تدل على ماقاله الشافعي ولان الله تعالى قال (ماأفاء الله على رسوله من أهل القرى - إلى قوله - والذين جاءوا من بعدهم) الآية فجعله كله لهم ولم يذكر خمسا، ولما قرأ عمر هذه الآية قال : هذه استوعبت المسلمين، ووجه الاول قول الله تعالى (ماأفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كيلا يكون دولة بين الاغنياء منكم) فظاهر هذا أن جميعه لهؤلاء وهم أهل الخمس، وجاءت الاخبار عن عمر دالة على اشتراك جميع المسلمين فيه فوجب الجمع بينهما كيلا تتناقض الآية والاخبار وتتعارض ، وفي إيجاب الخمس فيه جمع بينهما وتوفيق فان خمسه الذي سمي في الآية وسائره ينصرف إلى من في الخبر كالغنيمة ولانه مال مشترك مظهور عليه فوجب أن يخمس كالغنيمة والركاز وروى البراء بن عازب قال لقيت خالي ومعه الراية قلت الى أين؟ فقال بعثني رسول الله ﷺ الى رجل عرس بامرأة أبيه ان أضرب عنقه وأخمس ماله

(الفصل الثاني) ان الغنيمة مخموسة ولا اختلاف في هذا بين أهل العلم بحمد الله ، وقد نطق به

ولنا أنه حفظها بما يحفظ به ماله أشبه ما إذا حفظها بنفسه وكما لودفع الماشية الى الراعي أو البهيمة إلى غلامه ليسقيها، ويفارق الاجنبي فان دفعها اليه لايعد حفظاً منه

﴿ مسئلة ﴾ (وإن دفعها الى أجنبي أو حاكم ضمن وليس للمالك مطالبة الاجنبي وقال القاضي له ذلك)

إذا دفع الوديعة إلى غيره لغير عذر فعليه الضمان بغير خلاف في المذهب الا أن يدفعها إلى من جرت عادته بحفظ ماله وقد ذكرناه في المسئلة قبلها وذكرنا الخلاف فيه، وقال شريح ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه واسحاق متى دفعها إلى أجنبي أو حاكم ضمن ، وقال ابن أبي ليلى لاضمان عليه لان عليه حفظها واحرازها وقد أحرزها عند غيره وحفظها به ولانه يحفظ ماله بايداعه فاذا أودعها فقد حفظها بما يحفظ به ماله فلم يضمنها كما لوحفظها في حرزه

الكتاب العزيز فقال الله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه) لكن اختلف في أشياء : منها سلب القاتل وأكثر أهل العلم على أنه لا يخمس فان عمر رضي الله عنه قال كنا لا نخمس السلب وقول النبي ﷺ «من قتل قتيلا فله سلبه» يقتضي أنه له كله ولو خمس لم يكن جميعه له وعن أبي قتادة أن رسول الله ﷺ نفله سلب رجل قتله يوم حنين ولم يخمس. رواه سعيد في سننه. ومنها اذا قال الامام من جاء بعشرة رؤوس فله رأس ومن طلع الحصن فله كذا من النفل فالظاهر أن هذا غير مخموس لانه في معنى السلب . ومنها اذا قال الامام من أخذ شيئا فهو له وقلنا يجوز ذلك فقد قيل لاخمس فيه لانه في معنى الذي قبله . والصحيح أن الخمس لا يسقط لانه يدخل في عموم الآية ولا يدخل في معنى السلب والنفل لان ترك تخميسهما لا يسقط خمس الغنيمة بالكلية وهذا يسقطه فلا يكون تخصيصا بل نسخا لحكمها ونسخها بالقياس غير جائز اتفاقا. ومنها اذا دخل قوم لامنعة لهم دار الحرب بغير اذن الامام فقد قيل إن ماغنموه لهم من غير أن يخمس ، والصحيح انه يخمس ويدفع اليهم أربعة أخماسه لدخوله في عموم الآية وعدم دليل يوجب تخصيصه

(الفصل الثالث) أن الخمس مما يجب خمسه من الفيء والغنيمة شيء واحد في مصرفهما وحكمهما ولا اختلاف في هذا بين القائلين بوجوب الخمس فيهما فان القائل بوجوب الخمس في الفيء غير من قاله من أصحابنا الشافعي وقد وافق على هذا فانه قال في الفيء والغنيمة يجتمعان في ان فيهما الخمس لمن سماه الله تعالى يعني في سورة الانفال في قوله سبحانه وتعالى (واعلموا أنما غنمتم من شيء فان لله خمسه) الآية . وفي سورة الحشر في قوله تعالى (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى) الآية . والمسمون في الآيتين شيء واحد

(الفصل الرابع) ان الخمس يقسم على خمسة أسهم وبهذا قال عطاء ومجاهد والشعبي والنخعي وقتادة وابن جريج والشافعي وقيل يقسم على ستة : سهم لله وسهم لرسوله لظاهر قوله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل) فعد ستة وجعل الله تعالى لنفسه سهما سادسا وهو مردود على عباد الله أهل الحاجة ، وقال أبو العالية سهم الله

ولنا أنه خالف المودع فضمنها كما لو نهاه عن ايداعها فانه أمره بحفظها بنفسه فلم يرض لها غيره فان فعل فتلفت عند الثاني مع علمه بالحال فله تضمين أيهما شاء لانهما متعديان، ويستقر ضمانها على الثاني لان التلف حصل عنده وقد دخل على أنه يضمن وإن لم يعلم الحال فله تضمين الاول، وليس للاول الرجوع على الثاني لانه دخل معه في العقد على أنه أمين لا ضمان عليه، وان أحب المالك تضمين الثاني فليس له تضمينه في ظاهر كلام أحمد قاله القاضي لان أحمد ذكر الضمان على الاول فقط وهذا مذهب أبي حنيفة لانه قبض قبضاً موجباً للضمان على الاول فلم يوجب ضمانا آخر، ويفارق القبض من الغاصب فانه لم يوجب الضمان على الغاصب انما لزمه الضمان بالغصب. قال شيخنا ويحتمل أن له تضمين الثاني أيضاً وهو قول القاضي ومذهب الشافعي لانه قبض مال غيره على وجه لم يكن له قبضه ولم يأذن له مالكه فيضمنه

عز وجل هو انه اذا عزل الخمس ضرب بيده فما قبض عليه من شيء جعله للكعبة فهو الذي سمي لله لاتجعلوا له نصيبا فان لله الدنيا والآخرة ثم يقسم بقية السهم الذي عزله على خمسة أسهم ، وروي عن الحسن وقتادة في سهم ذي القربى كانت طعمة لرسول الله ﷺ في حياته فلما توفي حمل عليه أبو بكر وعمر في سبيل الله ، وروى ابن عباس ان أبا بكر وعمر قسما الخمس على ثلاثة أسهم ونحوه حكي عن الحسن بن محمد بن الحنفية وهو قول أصحاب الرأي قالوا يقسم الخمس على ثلاثة: اليتامى والمساكين وابن السبيل وأسقطوا سهم رسول الله ﷺ بموته وسهم قرابته أيضا ، وقال مالك الفيء والخمس واحد يجعلان في بيت المال ، قال ابن القاسم وبلغني عمن أثق به ان مالكا قال يعطي الامام أقرباء رسول الله ﷺ على مايرى ، وقال الثوري والحسن يضعه الامام حيث أراه الله عز وجل

ولنا قول الله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شيء فان لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل) وسهم الله والرسول واحد كذا قال عطاء والشعبي ، وقال الحسن بن محمد ابن الحنفية وغيره قوله (فان لله خمسه) افتتاح كلام يعني ان ذكر الله تعالى لافتتاح الكلام باسمه تبركا به لا لافراده بسهم فان لله تعالى الدنيا والآخرة ، وقد روي عن ابن عمر وابن عباس قالا كان رسول الله ﷺ يقسم الخمس على خمسة وما ذكره أبو العالية نشيء لايدل عليه رأي ولا يقتضيه قياس ولا يصار اليه إلا بنص صحيح يجب التسليم له ولا نعلم في ذلك أثراً صحيحاسوى قوله ، فلا يترك ظاهر النص وقول رسول الله ﷺ وفعله من أجل قول أبي العالية، وما قاله أبو حنيفة فمخالف لظاهر الآية فان الله تعالى سمى لرسوله وقرابته شيئا وجعل لهما في الخمس حقا كما سمى للثلاثة الاصناف الباقية فمن خالف ذلك فقد خالف نص الكتاب ، وأما حمل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما على سهم ذي القربى في سبيل الله فقد ذكر لأحمد فسكت وحرك رأسه ولم يذهب اليه ورأى ان قول ابن عباس ومن وافقه أولى لموافقته كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ فان ابن عباس لما سئل عن سهم ذي القربى فقال إنا كنا نزعم انه لنا فأبى ذلك علينا قومنا، ولعله أراد بقوله أبى ذلك علينا قومنا فعل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما في حملهما عليه في سبيل الله ومن تبعهما على ذلك ، ومتى اختلف الصحابة وكان

كالقابض من الغاصب، وذكر أحمد الضمان على الاول لا ينفي الضمان عن الثاني كما أن الضمان يلزم الغاصب ولا ينفي وجوبه على القابض منه ، فعلى هذا يستقر الضمان على الاول فان ضمنه لم يرجع على أحد وان ضمن الثاني رجع على الاول وهذا القول أقرب الى الصواب وماذكرنا للقول الاول لاأصل له ثم هو منتقض بما اذا دفع الوديعة الى انسان عارية أوهبه

﴿مسئلة﴾ (وان أراد سفراً أو خاف عليها عند ردها الى مالكها أو وكيله في قبضها ان قدر على ذلك)

ولم يجز له دفعها الى الحاكم ولا الى غيره لانه ليس للحاكم ولاية على الحاضر فان فعل ضمنها لانه دفعها الى غير مالكها بغير اذنه من غير عذر فضمنها كالصورة الاولى

قول بعضهم يوافق الكتاب والسنة كان أولى وقول ابن عباس،وافق الكتاب والسنة فان جبير بن مطعم روى ان رسول الله ﷺ لم يقسم لبنى عبدشمس ولا بني نوفل من الخس شيئا كما كان يقسم لبني هاشم ولبنى المطلب ، وان أبا بكر كان يقسم الخس نحو قسم رسول الله ﷺ غير انه لم يكن يعطي قربى رسول الله ﷺ كما كان يعطيهم وكان عمر يعطيهم وعثمان من بعده رواه أحمد في مسنده

وقد تكلم في رواية ابن عباس عن أبي بكر وعمر أنهما حملا على سهم ذي القربى في سبيل الله فقيل أنه يرويه محمد بن مروان وهو ضعيف عن الكلبي وهو ضعيف أيضاً ولا يصح عند أهل النقل فان قالوا فالنبي ﷺ ليس بباق فكيف يبقى سهمه ؟ قلنا جهة صرفه الى النبي ﷺ مصلحة المسلمين والمصالح باقية قال رسول الله ﷺ « مايحل لي مما أفاء الله عليكم ولا مثل هذه إلا الخس وهو مردود عليكم » رواه سعيد

﴿ مسألة ﴾ قال (وسهم لرسول الله ﷺ يصرف في الكراع والسلاح ومصالح المسلمين)

وهذا قول الشافعي فانه قال اختار أن يضعه الامام في كل أمر خص به الاسلام وأهله من سد ثغر واعداد كراع أو سلاح أو اعطائه أهل البلاء في الاسلام نفلا عند الحرب وغير الحرب وهذا نحو ماقال الخرقي وهذا السهم كان لرسول الله ﷺ من الغنيمة حضر أو لم يحضر كما أن سهم بقية أصحاب الخس لهم حضروا أو لم يحضروا وكان رسول الله ﷺ يصنع به ماشاء فلما توفي وليه أبو بكر ولم يسقط بموته ، وقد قيل انما أضافه الله تعالى إلى نفسه والى رسوله ليعلم أن جهته جهة المصلحة وأنه ليس بمختص بالنبي ﷺ فيسقط بموته

وزعم قوم أنه سقط بموته ويرد على انصباء الباقين من أهل الخس لانهم شركاؤه ، وقال آخرون بل يرد على الغانمين لانهم استحلوها بقتالهم وخرجت منها سهام منها سهم النبي ﷺ مادام حيا فاذا مات وجب رده الى من وجد سبب الاستحقاق فيه كما أن تركة الميت اذا خرج منها سهم بوصية ثم

﴿ مسألة ﴾ (فان لم يجده حملها معه ان كان أحفظ لها)

اذا أراد السفر بها وقد نهاه صاحبها عنه ضمنها لمخالفته وان لم ينهه لكن الطريق مخوف أو البلد الذي يسافر اليه مخوف ضمنها لانه فرط في حفظها،وان لم يكن كذلك فله السفر بها نص عليه أحمد سواء كان به ضرورة الى السفر أو لم يكن وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعي ان سافر بها مع القدرة على صاحبها أو وكيله أو الحاكم او امين ضمنها لانه سافر بها من غير ضرورة أشبه مالو كان السفر مخوفاً

ولنا أنه نقلها الى موضع مأمون فلم يضمنها كما لو نقلها الى البلد ولانه سافر بها سفراً غير مخوف اشبه مالو لم يجد أحداً يدعها عنده . قال شيخنا ويقوى عندي أنه متى سافر بها مع القدرة على مالكها أو وكيله فيها بغير اذنه فهو مفرط عليه الضمان لانه يفوت على صاحبها امكان استرجاعها ويخاطر بها فان النبي صلى

بطلت الوصية رد إلى التركة وقالت طائفة هو للخليفة بعده لأن أبا بكر روى عن النبي ﷺ أنه قال « اذا أطعم الله نبيا طعمة ثم قبضه فهو للذي يقوم بها من بعده وقد رأيت أن أرده على المسلمين » والصحيح أنه باق وأنه يصرف في مصالح المسلمين لكن الامام يقوم مقام النبي ﷺ في صرفه فيما يرى فان أبا بكر قال : لا أدع أمراً رأيت رسول الله ﷺ يصنعه فيه إلا صنعته . متفق عليه، وروي عن الحسن بن محمد بن الحنفية أنه قال اختلفوا في هذين السهمين يعني سهم الرسول ﷺ وسهم ذي القربى فأجمع رأيهم على أن يجعلوهما في الخيل والعدة في سبيل الله فكانا في خلافة أبي بكر وعمر في الخيل والعدة في سبيل الله

(فصل) وكان لرسول الله ﷺ من المغنم الصفي وهو شيء يختاره من المغنم قبل القسمة كالجارية والعبد والثوب والسيف ونحوه وهذا قول محمد بن سيرين والشعبي وقتادة وغيرهم من أهل العلم وقال أكثرهم ان ذلك انقطع بموت النبي ﷺ قال أحمد الصفي انما كان للنبي ﷺ خاصة لم يبق بعده ولا نعلم مخالفا لهذا إلا أبا ثور فانه قال إن كان الصفي ثابتا للنبي ﷺ فللامام أن يأخذه على نحو ما كان يأخذه النبي ﷺ ويجعله مجعل سهم النبي من خمس الخمس فجمع بين الشك فيه في حياة النبي ﷺ ومخالفة الاجماع في ابقائه بعد موته، قال ابن المنذر لا أعلم أحداً سبق أبا ثور إلى هذا القول، وقد أنكر قوم كون الصفي للنبي ﷺ واحتجوا بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ رفع وبرة من ظهر بعيره فقال « مايحل لي مما أفاء الله عليكم ولا مثل هذه الا الخمس وهو مردود عليكم » رواه سعيد . ورواه أبو داود باسناده عن أبي امامة عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ولأن الله تعالى قال (واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه) فمفهومه أن باقيها للغانمين

ولنا ماروى أبو داود باسناده أن النبي ﷺ كتب إلى بني زهير بن أقيش « إنكم ان شهدتم أن لا إله الا الله وأن محمداً رسول الله وأديتم الزكاة وأديتم الخمس من المغنم وسهم الصفي انكم آمنون بامان الله ورسوله » وفي حديث وفد عبد القيس الذي رواه ابن عباس وان يعطوا سهم النبي ﷺ والصفي

الله عليه وسلم قال « المسافر وماله على قلت الا ما وقى الله » أي على هلاك ولا يلزم من الاذن في امساكها على وجه لا يتضمن هذا الخطر ولا يفوت امكان ردها على صاحبها الاذن فيما يتضمن ذلك فأما مع غيبة المالك ووكيله فله السفر بها اذا كان أحفظ لها لانه موضع حاجة فيختار ما فيه الحظ وهذا الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح .

﴿ مسألة ﴾ (فان لم يجد صاحبها ولا وكيله فله دفعها الى الحاكم سواء كان به ضرورة الى السفر أو لم يكن) لانه متبرع بامساكها فلا يلزمه استدامته والحاكم يقوم مقام صاحبها عند غيبته فان أودعها مع قدرته على الحاكم ضمنها لان غير الحاكم لا ولاية له، ويحتمل ان يجوز له ايداعها لانه قد يكون احفظ لها واحب إلى صاحبها وان لم يقدر على الحاكم فاودعها ثقة لم يضمنها لانه موضع حاجة ، وذكر القاضي ان ظاهر كلام احمد انه

وقالت عائشة كانت صفية من الصفي . رواه أبو داود ، وأما انقطاعه بعد النبي ﷺ فثابت باجماع الامة قبل أبي ثور وبعده عليه وكون أبي بكر وعمر وعثمان ومن بعدهم لم يأخذوه ولا ذكره أحدمنهم ولا يجمعون على ترك سنة النبي ﷺ

﴿ مسئلة ﴾ قال(وخمس مقسوم في صلبية بني هاشم وبني المطلب ابني عبد مناف حيث كانوا للذكر مثل حظ الانثيين)

يعني بقوله في صلبية بني هاشم أولاده دون من يعد معهم من مواليهم وحلفائهم . وفي هذه المسئلة فصول خمسة (أحدها) أن سهم ذي القربى ثابت بعد موت النبي ﷺ وقد مضى ذكر ذلك والخلاف فيه وقد ذكرهم الله تعالى في كتابه من ذوي السهام، وثبت أن النبي ﷺ كان يعطيهم فروي جبير بن مطعم قال وضع رسول الله ﷺ سهم ذي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس وذكر الحديث رواه أبو داود ولم يأت لذلك نسخ ولا تغيير فوجب القول به والعمل بحكمه قال أحمد ثنا وكيع ثنا أبو معشر عن المقبري قال كتب نجدة إلى ابن عباس يسأله عن سهم ذي القربى فكتب ابن عباس إنا كنا نزعم أنه لنا فأبى ذلك علينا قومنا قال أحمد أنا أذهب إلى أنه لقرابة النبي ﷺ على ماقال ابن عباس هو لنا

(الفصل الثاني) أن ذا القربى هم بنو هاشم وبنو المطلب ابني عبد مناف دون غيرهم بدليل ماروى جبير بن مطعم قال لما قسم رسول الله ﷺ سهم ذي القربى من خيبر بين بني هاشم وبني المطلب أتيت أنا وعثمان بن عفان رسول الله ﷺ فقلنا يا رسول الله أما بنو هاشم فلا ننكر فضلهم لمكانك الذي وضعك الله به منهم فما بال اخواننا من بني المطلب أعطيتهم وتركتنا وإنما نحن وهم منك بمنزلة واحدة فقال «إنهم لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام وإنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء

يضمنها ثم تأول كلامه على انه اودعها من غير حاجة او مع قدرته على الحاكم

(مسئلة) (فان تعذر ذلك اودعها ثقة اودفنها وأعلم بها ثقة يسكن تلك الدار فان دفنها ولم يعلم بها أحداً أو اعلم بها من لا يسكن الدار ضمنها)

اذا دفنها في موضع واعلم بها ثقة يده على الموضع وكانت مما لا يضرها الدفن فهو كايداعها عنده، وان لم يعلم بها احداً ضمنها لانه فرط في حفظها فانه لايامن ان يموت في سفره فلا تصل الى صاحبها وربما نسي مكانها أو أصابها آفة من هدم أو حرق أو غرق فتضيع ، وإن أعلم بها غير ثقة ضمنها لانه ربما أخذها وكذلك إن أعلم بها ثقة لا يده على المكان لانه لم يودعها إياه ولا يقدر على الاحتفاظ بها.

(فصل) وإن حضره الموت فحكمه حكم السفر على ما مضى من أحكامه إلا في أخذها معه لان كل واحد منهما سبب لخروجها عن يده

واحد وشبك بين أصابعه وفي رواية «أنهم لم يفارقونا في جاهلية ولا إسلام» رواه أحمد والبخاري فرعى لهم النبي ﷺ نصرتهم وموافقتهم بني هاشم ومن كانت أمه منهم وأبوه من غيرهم لم يستحق شيئا لان النبي ﷺ لم يدفع إلى أقارب أمه وهم بنو زهرة شيئا وإنما دفع إلى أقارب أبيه ولو دفع إلى أقارب أمه لدفع إلى بني زهرة، وخبر جبير يدل على أنه لم يعطهم شيئا ولم يدفع أيضا إلى بني عماته وهم الزبير بن العوام وعبدالله والمهاجر ابنا أبي أمية وبنو جحش

(الفصل الثالث) أنه يشترك فيه الذكر والانثى لدخولهم في اسم القرابة واختلفت الرواية في قسمته بينهم فعن أحمد أنه يقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وهو اختيار الخرقي ومذهب الشافعي لانه سهم استحق بقرابة الاب شرعا ففضل فيه الذكر على الانثى كالميراث، ويفارق الوصية وميراث ولد الام فان الوصية استحقت بقول الموصي وميراث ولد الام استحق بقرابة الام والرواية الثانية يسوى بين الذكر والانثى وهو قول أبي ثور والمزني وابن المنذر لأنهم أعطوا باسم القرابة والذكر والانثى فيها سواء فأشبه مالو أوصى لقرابة فلان أو وقف عليهم، ألا ترى أن الجد يأخذ مع الاب وابن الابن يأخذ مع الابن؟ وهذا يدل على مخالفة المواريث ولانه سهم من خمس الخمس لجماعة فيستوي فيه الذكر والانثى كسائر سهامه ويسوى بين الصغير والكبير على الروايتين لاستوائهم في القرابة فأشبه الميراث.

(الفصل الرابع) أنه يفرق بينهم حيث كانوا من الامصار ويجب تعميمهم به حسب الامكان وهذا قول الشافعي، وقال بعضهم يخص أهل كل ناحية بخمس مغزاها الذي ليس لهم مغزى سواه فما يؤخذ من مغزى الروم لاهل الشام والعراق وما يؤخذ من مغزى الترك لمن في خراسان من ذوي القربى لما يلحق من المشقة في نقله من المشرق إلى المغرب ولانه يتعذر تعميمهم به فلم يجب كسائر أهل السهم، ووجه الاول أنه سهم مستحق بقرابة الاب فوجب دفعه إلى جميع المستحقين كالميراث، فعلى

﴿مسئلة﴾ (وإن تعدى فيها فركب الدابة لغير نفعها ولبس الثوب أو أخذ الوديعة ليستعملها أو ليخزن فيها ثم ردها إلى موضعها بنية الامانة ضمن لتعديه ولم يزل عنه الضمان بردها)

وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة يبرأ لانه ممسك لها باذن مالكها فأشبه ما قبل التعدي ولنا أنه ضمنها بعدوان فبطل الاستئمان كما لو جحدها ثم أقر بها وبهذا يبطل ما ذكره

﴿مسئلة﴾ (فان جحدها ثم أقر بها فتلفت ضمنها)

لانه بجحدها خرج عن الاستئمان عليها فلم يزل عنه الضمان بالاقرار بها لان يده صارت يد عدوان

﴿مسئلة﴾ (فان كسر ختم كيسها أو كانت مشدودة فحل الشد ضمن)

سواء أخرج منها شيئاً أو لم يخرج لانه هتك الحرز بفعل تعدى به فان خرق الكيس فوق

هذا يبعث الامام إلى عماله في الاقاليم وينظر كم حصل من ذلك فان استوت فيه فرق كل خمس فيمن قاربه وان اختلفت أمر بحمل الفضل ليدفع إلى مستحقه كالميراث، وفارق الصدقة حيث لا تنقل لان كل بلد لا يكاد يخلو من صدقة تفرق على فقراء أهله والخمس يؤخذ في بعض الاقاليم فلو لم ينقل لأدى إلى اعطاء البعض وحرمان البعض، والصحيح ان شاء الله أنه لا يجب التعميم لانه يتعذر فلم يجب كتعميم المساكين وما ذكر من بعث الامام عماله وسعاته فهو متعذر في زماننا لان الامام لم يبق له حكم إلا في قليل من بلاد الاسلام ولم يبق له جهة في الغزو ولا له فيه أمر ولان هذا سهم من سهام الخمس فلم يجب تعميمه كسائر سهامه، فعلى هذا يفرقه كل سلطان فيما أمكن من بلاده .

(الفصل الخامس) أن غنيهم وفقيرهم فيه سواء وهذا قول الشافعي وأبي ثور وقيل لا حق فيه لغني قياسا له على بقية السهام

ولنا عموم قوله تعالى (ولذي القربى) وهذا عام لا يجوز تخصيصه بغير دليل ، ولان النبي ﷺ كان يعطي اقاربه كلهم وفيهم الاغنياء كالعباس وغيره ولم ينقل تخصيص الفقراء منهم . وقد روى الامام أحمد في مسنده ان النبي ﷺ أعطى الزبير سهما وأمه سهما وفرسه سهمين، وانما أعطى أمه من سهم ذي القربى وقد كانت موسرة ولها موال ومال ، ولانه مال مستحق بالقرابة فاستوى فيه الغني والفقير كالميراث والوصية للاقارب، ولان عثمان وجبيراً طلبا حقهما منه وسألا عن علة منعهما ومنع قرابتهما وهما موسران فعلله النبي ﷺ بنصرة بني المطلب دونهم وكونهم مع بني هاشم كالشيء الواحد ولو كان اليسار مانعا والفقر شرطا لم يطلبا مع عدمه ولعلل النبي ﷺ منعهما بيسارهما وانتفاء فقرهما

﴿ مسئلة ﴾ قال (والخمس الثالث لليتامى)

وهم الذين لا آباء لهم ولم يبلغوا الحلم فان النبي ﷺ قال « لا يتم بعد احتلام » قال بعض أصحابنا لا يستحقون الا مع الفقر وهو المشهور من مذهب الشافعي لان ذا الاب لا يستحق والمال أنفع من وجود الاب ولانه صرف اليهم لحاجتهم فان اسم اليتم يطلق عليهم في العرف للرحمة ومن

الشد فعليه ضمان ما خرق خاصة لانه ما هتك الحرز وقال أبو حنيفة إذا كسر ختم الكيس لم يلزمه ضمان الوديعة لانه لم يتعد في غيره

ولنا أنه هتك حرزها فضمنها إذا تلفت كما لو أودعه إياها في صندوق مقفل ففتحه وتركه مفتوحا ولا نسلم أنه لم يتعد في غير الختم

﴿ مسئلة ﴾ (وان خلطها بما لا تتميز منه ضمنها)

اذا خلطها بما لا تتميز منه من ماله أو من مال غيره ضمنها سواء خلطها بمثلها أو دونها أو أجود من جنسها أو من غير جنسها مثل أن يخلط الدراهم بدراهم أو دهنا بدهن كالزيت بالزيت أو السمن أو بغيره

كان أعطاؤه لذلك اعتبرت الحاجة فيه، وفارق ذوي القربى فانهم استحقوا لقربهم من رسول الله ﷺ تكرمة لهم، والغني والفقير في القرب سواء فاستويا في الاستحقاق ولم أعلم هذا نصاً عن أحمد وعموم الآية يقتضي تعميمهم . وقال بعض أصحاب الشافعي له قول آخر انه للغني والفقير لعموم النص في كل يتيم وقياساً له على سهم ذوي القربى ، ولانه لو خص به الفقير لكان داخلا في جملة المساكين الذين هم أصحاب السهم الرابع فكان يستغنى عن ذكرهم وتسميتهم

قال أصحابنا ويفرق على الايتام في جميع الاقطار ولا يخص به أهل ذلك المغزى والقول فيه كالقول في سهم ذي القربى وقد تقدم القول فيه

﴿ مسئلة ﴾ قال (والخمس الرابع للمساكين)

وهم أهل الحاجة ويدخل فيهم الفقراء ، والفقراء والمساكين صنفان في الزكاة وصنف واحد ههنا وفي سائر الاحكام وانما يقع التمييز بينهما اذا جمع بينهما بلفظين ولم يرد ذلك الا في الزكاة ، وسنذكرهم في أصنافها ، قال أصحابنا : ويعم بها جميعهم في جميع البلاد كقولهم في سهم ذي القربى واليتامى وقد تقدم قولنا في ذلك

﴿ مسئلة ﴾ قال (والخمس الخامس لابن السبيل)

وسنذكره أيضا في أصناف الصدقة ويعطى كل واحد منهم قدر مايوصله الى بلده لان دفعنا اليه لاجل الحاجة فأعطي بقدرها ،فان اجتمع في واحد أسباب كالمسكين اذا كان يتيما وابن سبيل استحق بكل واحد منهما لانها أسباب لأحكام فوجب أن تثبت أحكامها كما لو انفردت فان أعطاه ليتمه فزال فقره لم يعط لفقره شيئا

﴿ مسئلة ﴾ قال (وأربعة أخماس الفيء لجميع المسلمين غنيهم وفقيرهم فيه سواء الا العبيد)

لا نعلم خلافا بين أهل العلم اليوم في أن العبيد لاحق لهم في الفيء وظاهر كلام أحمد والخرقي ان سائر الناس

وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال ابن القاسم ان خلط دراهم بدراهم على وجه الحرز لم يضمن وحكي عن مالك لا يضمن الا أن تكون دونها لانه لا يمكنه ردها إلا ناقصة

ولنا أنه خلطها بماله خلطاً لا يتميز فوجب أن يضمنها كالو خلطها بدونها ولانه اذا خلطها بما لا يتميز فقد فوت على نفسه امكان ردها فلزمه ضمانها كما لو ألقاها في لجة بحر فان أمره صاحبها بخلطها بماله أو بغيره ففعل ذلك فلا ضمان عليه لانه فعل ما أمر به فكان نائباً عن المالك فيه وقد نقل مهنا عن أحمد في رجل استودع عشرة دراهم واستودعه آخر عشرة وأمره أن يخلطها فخلطها فضاعت الدراهم فلا شيء عليه، فان أمره أحدهما بخلط دراهمه ولم يأمره الآخر فعليه ضمان دراهم من لم يأمره دون الاخرى، وإن اختلطت هي بغير تفريط منه فلا ضمان عليه كما لو تلفت بغير تفريطه وإن خلطها غيره

لهم حق في الفيء غنيهم وفقيرهم ذكر أحمد الفيء فقال فيه حق لكل المسلمين وهو بين الغني والفقير وقال عمر رضي الله عنه مامن أحد من المسلمين الا له في هذا المال نصيب الا العبيد فليس لهم فيه شيء وقرأ عمر (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى ـ حتى بلغ ـ والذين جاءوا من بعدهم) ثم قال هذه استوعبت المسلمين عامة ولئن عشت ليأتين الراعي بسرو حمير نصيبه منها لم يعرق فيها جبينه ، ولانه مال مخموس فلم يختص به من فيه منفعة كأربعة أخماس الغنيمة

وذكر القاضي ان أهل الفيء هم أهل الجهاد من المرابطين في الثغور وجند المسلمين ومن يقوم بمصالحهم لان ذلك كان للنبي ﷺ في حياته لحصول النصرة والمصلحة به فلما مات صارت للجند ومن يحتاج اليه المسلمون فصار ذلك لهم دون غيرهم ، وأما الاعراب ونحوهم ممن لا يعد نفسه للجهاد فلا حق لهم فيه والذين يغزون اذا نشطوا يعطون من سهم سبيل الله من الصدقة ، قال ومعنى كلام أحمد انه بين الغني والفقير يعني الغني الذي فيه مصلحة المسلمين من المجاهدين والقضاة والفقهاء ، ويحتمل ان يكون معنى كلامه ان لجميع المسلمين الانتفاع بذلك المال لكونه يصرف الى من يعود نفعه على جميع المسلمين وكذلك ينتفعون بالعبور على القناطر والجسور المعقودة بذلك المال وبالأنهار والطرقات التي أصلحت به

وسياق كلامه يدل على أنه ليس مختصا بالجند وانما هو مصروف في مصالح المسلمين لكن يبدأ بجند المسلمين لانهم أهم المصالح لكونهم يحفظون المسلمين فيعطون كفاياتهم فما فضل قدم الأهم فالأهم من عمارة الثغور وكفايتها بالاسلحة والكراع وما يحتاج اليه ثم الأهم فالأهم من عمارة المساجد والقناطر واصلاح الطرق وكراء الانهار وسد بثوقها وارزاق القضاة والائمة والمؤذنين والفقهاء ونحو ذلك مما للمسلمين فيه نفع، وللشافعي قولان كنحو مما ذكرناه، احتجوا على أن أربعة أخماس الفيء كان لرسول الله ﷺ في حياته بما روى مالك بن أوس بن الحدثان قال: سمعت عمر بن الخطاب والعباس وعلي يختصمان اليه في أموال النبي ﷺ فقال عمر كانت أموال بني النضير مما أفاء الله على رسوله مما لم

فالضمان على من خلطها لان العدوان منه أشبه ما لو أتلفها

﴿مسئلة﴾ (وإن خلطها بمتميز أو ركب الدابة ليسقيها لم يضمن أما إذا خلطها بما تتميز منه مثل ان خلط دراهم بدنانير لم يضمن)

لانها تتميز منها فلا يعجز بذلك عن ردها فلم يضمنها كما لو تركها في صندوق فيه أكياس له وبهذا قال الشافعي ومالك ولا نعلم فيه خلافاً وكذلك الحكم إذا خلط بيضاً بسود وقد حكي عن أحمد فيمن خلط دراهم بيضا بسود يضمنها ولعله قال ذلك لكونها تكتسب منها سواداً ويتغير لونها فتنقص قيمتها فان لم يكن فيه ضرر فلا ضمان عليه وإن ركب الدابة ليسقيها أو يعلفها لم يضمن لان ركوبها لذلك مأذون فيه عرفاً وشرعا لانه مأذون له في سقيها كما لو أذن له في علفها والعادة أن

يوجف المسلمون عليه بخيل ولا ركاب وكان لرسول الله ﷺ خالصا دون المسلمين وكان رسول الله ﷺ ينفق منها على أهله نفقة سنته فما فضل جعله في الكراع والسلاح ثم توفي رسول الله ﷺ فوليها أبو بكر بمثل ما وليها رسول الله ﷺ ثم وليتها بمثل ما وليها رسول الله ﷺ وابو بكر متفق عليه الا ان فيه يجعل مابقي اسوة المال وظاهر اخبار عمر تدل على أن لجميع المسلمين في الفيء حقا فانه لما قرأ الآية التي في سورة الحشر قال هذه الآية استوعبت المسلمين وجعل للراعي بسرو حمير منه نصيباً وقال ما أحد الا له في هذا المال نصيب ، وأما أموال بني النضير فيحتمل أن النبي ﷺ كان ينفق منه على أهله لان ذلك من أهم المصالح فبدأ بهم ثم جعل باقيه أسوة المال ويحتمل أن تكون أموال بني النضير اختص بها النبي ﷺ من الفيء وترك سائره لمن سمي في الآية وهذا مبين في قول عمر وكان لرسول الله ﷺ خالصا دون المسلمين

(فصل) واختلف الخلفاء الراشدون رضي الله عنهم في قسم الفيء بين أهله فذهب ابو بكر الصديق رضي الله عنه إلى التسوية بينهم فيه وهو المشهور عن علي رضي الله عنه فروي ان أبا بكر رضي الله عنه سوى بين الناس في العطاء وأدخل فيه العبيد فقال له عمر يا خليفة رسول الله أتجعل الذين جاهدوا في سبيل الله بأموالهم وأنفسهم وهجروا ديارهم له كمن انما دخلوا في الاسلام كرها ؟ فقال ابو بكر انما عملوا لله وانما أجورهم على الله وانما الدنيا بلاغ ، فلما ولي عمر رضي الله عنه فاضل بينهم وأخرج العبيد فلما ولي علي سوى بينهم وأخرج العبيد وذكر عن عثمان أنه فضل بينهم في القسمة ، فعلى هذا يكون مذهب اثنين منهم ابي بكر وعلي التسوية ومذهب اثنين عمر وعثمان التفضيل، وروي عن أحمد رحمة الله عليه انه أجاز الامرين جميعا على ما يراه الامام ويؤدي اجتهاده اليه فروي عن الحسن بن علي بن الحسن أنه قال للامام ان يفضل قوما على قوم، وقال ابو بكر اختيار أبي عبد الله أن لا يفضلوا وهذا اختيار الشافعي ، وقال اني رأيت قسم الله المواريث على العدد يكون الاخوة متفاضلين في الغناء عن الميت والصلة في الحياة والحفظ بعد الموت فلا يفضلون ، وقسم رسول الله ﷺ من الاربعة الاخماس على العدد ومنهم من يعطي غاية الغناء ويكون الفتح على يديه ومنهم من يكون محضره اما غير نافع

من يسقيها يركبها فالاذن في السقي اذن في الركوب المعتاد ولهذا لو قال لوكيله اسق الدابة فانه يفهم منه اركبها له)

(مسئلة) (وإن أخذ درهما ثم رده فضاع الكل ضمنه وحده اختاره الخرقي وعنه يضمن الجميع

وجملة ذلك أن من أودع شيئاً فأخذ بعضه لزمه ضمان ما أخذ لتعديه فان رده أو مثله لم يزل عنه وبهذا قال الشافعي وقال مالك لا ضمان عليه إذا رده أو مثله وقال أصحاب الرأي ان لم ينفق ما أخذه ورده لم يضمن وإن أنفقه ثم رده أو مثله ضمن

ولنا أن الضمان تعلق بذمته بالأخذ بدليل أنه لو تلف في يده قبل رده ضمنه فلا يزول الا برده إلى صاحبه كالمغصوب، فأما سائر الوديعة فينظر فيه فان لم تكن الدراهم في كيس أو كانت في كيس غير مشدود أو كانت ثياباً فأخذ منها واحداً ثم رده بعينه لم يضمن غيره لانه لم يتعد في غيره وكذلك

واما ضرر بالجبن والهزيمة وذلك أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو انتصابهم للجهاد فصاروا كالغانمين ، والصحيح إن شاء الله ان ذلك مفوض الى اجتهاد الامام يفعل مايراه من تسوية وتفضيل لان النبي ﷺ كان يعطي الانفال فيفضل قوما على قوم على قدر غنائهم وهذا في معناه، والمشهور عن عمر رضي الله عنه انه حين كثر عنده المال فرض للمسلمين اعطياتهم ففرض للمهاجرين من أهل بدر خمسة آلاف وللأنصار من اهل بدر أربعة آلاف وفرض لأهل الحديبية ثلاثة آلاف ثلاثة آلاف ولأهل الفتح الفين وقال بمن أبدأ ؟ قيل له بنفسك قال لا ولكن أبدأ بقرابة رسول الله ﷺ فبدأ ببني هاشم ثم ببني المطلب لقول رسول الله ﷺ «انما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد» ثم ببني عبد شمس لانه أخو هاشم لأبويه ثم ببني نوفل لانه أخوهما لابيهما الاقرب فالاقرب ،قال أصحابنا ينبغي أن يتخذ الامام ديوانا وهو دفتر فيه أسماء أهل الديوان وذكر أعطياتهم ويجعل لكل قبيلة عريفا فقد روى الزهري أن رسول الله ﷺ عرف عام حنين على كل عشرة عريفا وإذا أراد إعطاءهم بدأ بقرابة رسول الله ﷺ على ما روي عن عمر رضي الله عنه ، ويقدم الاقرب فالاقرب ويقدم بني عبد العزى على بني عبد الدار لان فيهم أصهار رسول الله ﷺ ولأن خديجة منهم حتى تنقضي قريش وهم بنو النضر بن كنانة ثم من بعد قريش الانصار ثم سائر العرب ثم العجم والموالي ثم تفرض الارزاق لمن يحتاج المسلمون اليهم من القضاة والمؤذنين والائمة والفقهاء والقراء والبرد والعيون ، ومن لا غنى المسلمين عنه ، ثم في إصلاح الحصون والكراع والسلاح ثم بمصالح المسلمين من بناء القناطر والجسور واصلاح الطرق وكرى الانهار وسد بثوقها وعمارة المساجد ثم ما فضل قسمه على سائر المسلمين ويخص ذا الحاجة

(فصل) قال القاضي ويعرف قدر حاجتهم يعني أهل العطاء وكفايتهم ويزداد ذو الولد من أجل ولده ، وذو الفرس من أجل فرسه ، وإن كان له عبيد لمصالح الحرب حسب مؤونتهم في كفايته ، وإن كانوا لزينة أو تجارة لم يدخلوا في مؤونته ، وينظر في أسعارهم في بلدانهم لان اسعار البلدان تختلف

ان رد بدله متميزاً لما ذكرنا وان لم يكن متميزاً فظاهر كلام الخرقي أنه لا يضمن غيره لان التعدي اختص به فاختص الضمان به وخلط المردود بغيره لا يقتضي ضمان الجميع لانه يجب رده معها فلم يفوت على نفسه إمكان ردها بخلاف ما اذا خلطه بغيره ، ولو أذن له صاحب الوديعة في الاخذ منها ولم يأمره برد بدله فأخذ ثم رد بدل ما أخذ فهو كرد بدل ما لم يؤذن في أخذه وقال القاضي يضمن الكل وهو قول الشافعي لانه خلط الوديعة بما لا تتميز منه فضمن الكل كما لو خلطها بغير البدل، وقد ذكرنا فرقا بين البدل وغيره فلا يصح القياس ،وان كانت الدراهم في كيس مختوم أو مشدود فكسر الختم أو حل الشد ضمنها وقد ذكرناه

(فصل) وإذا ضمن الوديعة بالاستعمال أو بالجحد ثم ردها إلى صاحبها زال عنه الضمان فان ردها

والفرض الكفاية ، ولهذا تعتبر الذرية والولد فيختلف عطاؤهم لاختلاف ذلك وإن كانوا سواء في الكفاية لا يفضل بعضهم على بعض وإنما تتفاضل كفايتهم ويعطون قدر كفايتهم في كل عام مرة ، وهذا والله أعلم على قول من رأى التسوية، فأما من يرى التفضيل فانه يفضل أهل السوابق والغنى في الاسلام على غيرهم بحسب مايراه كما أن عمر فضل أهل السوابق فقسم لقوم خمسة آلاف ولآخرين أربعة آلاف ولآخرين ثلاثة آلاف ولآخرين ألفين ألفين ولم يقدر ذلك بالكفاية

(فصل) والعطاء الواجب لا يكون إلا لبالغ يطيق مثله القتال ، ويكون عاقلا حرا بصيرا صحيحا ليس به مرض يمنعه القتال فان مرض الصحيح مرضا غير مرجو الزوال كالزمانة ونحوها خرج من المقاتلة وسقط سهمه ، وإن كان مرضا مرجو الزوال كالحمى والصداع والبرسام لم يسقط عطاؤه لانه في حكم الصحيح الاترى أنه لا يستنيب في الحج؟ كالصحيح وإن مات بعد حلول وقت العطاء دفع حقه إلى ورثته ، ومن مات من أجناد المسلمين دفع إلى زوجته وأولاده الصغار قدر كفايتهم لانه لو لم تعط ذريته بعده لم يجرد نفسه للقتال لانه يخاف على ذريته الضياع فاذا علم أنهم يكفون بعد موته سهل عليه ذلك ولهذا قال أبو خالد القناني .

لقد زاد الحياة إلي حبا	بناتي انهن من الضعاف
مخافة أن يرين الفقر بعدي	وأن يشربن رنقا بعد صاف
وأن يعرين ان كسي الجواري	فينبوا العين عن كرم عجاف
ولولا ذاك قد سومت مهري	وفي الرحمن للضعفاء كاف

واذا بلغ ذكور اولادهم واختاروا أن يكونوا في المقاتلة فرض لهم وإن لم يختاروا تركوا ومن خرج من المقاتلة سقط حقه من العطاء

صاحبها اليه فهو ابتداء استئمان وان لم يردها اليه ولكن جدد له الاستئمان أو أبرأه من الضمان برىء في ظاهر المذهب لان الضمان حقه فاذا أبرأه منه برىء كما لو أبرأه من دين في ذمته واذا جدد له استئمانا فقد انتهى القبض المضمون به فزال الضمان وقد قال أصحابنا اذا رهن المغصوب عند الغاصب أو أودعه عنده زال عنه ضمان الغصب فهنا أولى

﴿مسألة﴾ (وإن أودعه صبي وديعة ضمنها ولم يبرأ إلا بالتسليم الى وليه)

وجملة ذلك أنه لا يصح الايداع الا من جائز التصرف فان أودع طفل أو معتوه انسانا وديعة ضمنها بقبضها لانه أخذ ماله بغير اذن شرعي أشبه ما لو غصبه ، ولا يزول الضمان عنه بردها اليه وإنما يزول بدفعها الى وليه الناظر في ماله ، فان كان الصبي مميزاً صح ايداعه لما أذن له في التصرف فيه لانه كالبالغ بالنسبة الى ذلك فان خاف أنه اذا لم يأخذه منه أتلفه لم يضمنه بأخذه لانه قصد تخليصه من الهلاك فلم يضمنه كما لو وجده في سيل فأخرجه منه

﴿ مسئلة ﴾ قال (وأربعة اخماس الغنيمة لمن شهد الوقعة للراجل سهم وللفارس ثلاثة اسهم الا ان يكون الفارس على هجين فيكون له سهمان ، سهم له وسهم لهجينه)

أجمع أهل العلم على أن أربعة أخماس الغنيمة للغانمين وقوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شيء فأن لله خمسه) يفهم منه أن أربعة أخماسها لهم لأنه أضافها اليهم ثم أخذ منها سهما لغيرهم فبقي سائرها لهم كقوله تعالى (وورثه أبواه فلأمه الثلث) وقال عمر رضي الله عنه : الغنيمة لمن شهد الوقعة. وذهب جمهور أهل العلم إلى أن الراجل سهما، والفارس ثلاثة أسهم ، وقال أبو حنيفة للفارس سهمان وخالفه أصحابه فوافقوا سائر العلماء ، وقد ثبت عن ابن عمر أن النبي ﷺ أسهم للفارس ثلاثة أسهم: سهم له وسهمان لفرسه متفق عليه ، وقال خالد الحذاء انه لايختلف فيه عن النبي ﷺ أنه أسهم للفارس سهمين ولصاحبه سهما وللراجل سهما ، والهجين من الخيل هو الذي أبوه عربي وأمه غير عربية، والمقرف عكس ذلك وهو الذي أبوه غير عربي وأمه عربية ، ومنه قول هند بنت النعمان بن بشير :

وما هند الا مهرة عربية سليلة أفراس تجللها بغل
فان ولدت مهرا كريما فبالحري وان يك اقراف فما أنجب الفحل

وأراد الخرقي بالهجين ههنا ماعدا العربي من الخيل من البراذين وغيرها ، وقد روي عن أحمد رحمه الله رواية أخرى أن البراذين اذا أدركت مثل العراب فلها مثل سهمها وذكر القاضي رواية أخرى فيما عدا العراب من الخيل لايسهم لها وفي هذه المسئلة اختلاف كثير وأدلة على كل قول آخرنا ذكرها الى باب الجهاد فان المسئلة مذكورة فيه وهو أليق بها ان شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ قال (والصدقة لايجاوز بها الثمانية الاصناف التي سمى الله عز وجل)

يعني قول الله تعالى (انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم) وروي أن رجلا قال يارسول

﴿ مسئلة ﴾ (وان أودع الصبي أو المعتوه وديعة فتلفت بتفريطه لم يضمن فان أتلفها أو أكلها ضمنها في قول القاضي)

وظاهر مذهب الشافعي ومن أصحابنا من قال لا ضمان عليه وهو قول أبي حنيفة لانه سلطه على اتلافها بدفعها اليه فلا يلزمه، الا ترى أنه اذا دفع الى صغير سكيناً فوقع عليها كان ضمانه على عاقلته

ولنا أن ما ضمن باتلافه قبل الايداع ضمنه بعد الايداع كالبالغ ولا يصح قولهم انه سلطه على اتلافها وانما استحفظه إياها، وفارق دفع السكين فانه سبب للاتلاف ودفع الوديعة بخلافه

﴿ مسئلة ﴾ (وان أودع عبداً وديعة فأتلفها خرج على الوجهين في الصغير)

إذا تلفت الوديعة فان قلنا لا يضمن الصبي كانت في ذمته وان قلنا يضمن كانت في رقبته.

الله أعطني من هذه الصدقات فقال له رسول الله ﷺ « ان الله لم يرض بحكم نبي ولا غيره في الصدقات حتى حكم فيها فجزأها ثمانية أجزاء فان كنت من تلك الاجزاء أعطيتك حقك » والمراد بالصدقة ههنا الزكاة المفروضة دون غيرها من صدقة التطوع والكفارات والنذور والوصايا ولا نعلم خلافا بين أهل العلم في أنه لا يجوز دفع الزكاة الى غير هذه الاصناف الاماروي عن عطاء والحسن أنهما قالا ما أعطيت في الجسور والطرق فهي صدقة ماضية والاول أصح وذلك لان الله تعالى قال (انما الصدقات) وانما للحصر تثبت المذكور وتنفي ماعداه لانها مركبة من حرفي نفي واثبات فجرى مجرى قوله تعالى (انما الله إله واحد) أي لا إله الا الله ، وقوله تعالى (انما أنت منذر (أي ما أنت إلا نذير ، وقول النبي ﷺ « انما الولاء لمن أعتق »

﴿ مسئلة ﴾ قال (الفقراء وهم الزمنى والمكافيف الذين لا حرفة لهم والحرفة الصناعة ولا يملكون خمسين درهما ولا قيمتها من الذهب والمساكين وهم السؤال وغير السؤال ومن لهم الحرفة الا انهم لا يملكون خمسين درهما ولا قيمتها من الذهب)

الفقراء والمساكين صنفان في الزكاة وصنف واحد في سائر الاحكام لان كل واحد من الاسمين ينطلق عليهما ، فأما اذا جمع بين الاسمين وميز بين المسميين تميزا وكلاهما يشعر بالحاجة والفاقة وعدم الغنى إلا أن الفقير أشد حاجة من المسكين من قبل ان الله تعالى بدأ به وانما يبدأ بالأهم فالأهم وبهذا قال الشافعي والاصمعي وذهب أبو حنيفة الى أن المسكين أشد حاجة وبه قال الفراء وثعلب وابن قتيبة لقول الله تعالى (أو مسكينا ذا متربة) وهو المطروح على التراب لشدة حاجته وأنشدوا

أما الفقير الذي كانت حلوبته وفق العيال فلم يترك له سبد

فأخبر أن الفقير حلوبته وفق عياله

(فصل) واذا اودعه شيئاً ثم سأله دفعه اليه في وقت امكنه ذلك فلم يفعل حتى تلف ضمنه ولا نعلم خلافاً في وجوب رد الوديعة على مالكها اذا طلبها فأمكن اداؤها اليه بغير ضرورة وقد امر الله تعالى بذلك فقال تعالى (ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها) وقال رسول الله صلى الله عليه « أد الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك » يعني عند طلبها ولانها حق لمالكها لم يتعلق بها حق غيره فلزم اداؤها اليه كالمغصوب والدين الحال فان امتنع من دفعها في هذه الحال فتلفت ضمنها لانه صار غاصباً لانه امسك مال غيره بغير اذنه بفعل محرم اشبه الغاصب فاما ان طلبها في وقت لم يمكن دفعها لبعدها او لمخافة في طريقها او للعجز عن حملها او غير ذلك لم يكن متعدياً بترك تسليمها لان الله تعالى لا يكلف نفساً الا وسعها فان تلفت لم يضمنها لعدم عدوانه وان قال امهلوني حتى اقضي صلاتي او آكل فاني جائع او أنام فاني ناعس أو ينهضم عني الطعام فاني ممتليء امهل بقدر ذلك

ولنا أن الله تعالى بدأ بالفقراء فيدل على أنهم أهم ، وقال تعالى (أما السفينة فكانت لمساكين يعملون في البحر) فأخبر أن المساكين لهم سفينة يعملون بها ، ولان النبي ﷺ قال « اللهم أحيني مسكينا وأمتني مسكينا واحشرني في زمرة المساكين » وكان يستعيذ من الفقر ولا يجوز أن يسأل الله تعالى شدة الحاجة ويستعيذ من حالة أصلح منها ولان الفقر مشتق من فقر الظهر فعيل بمعنى مفعول أي مفقور وهو الذي نزعت فقره ظهره فانقطع صلبه قال الشاعر :

لما رأى لبد النسور تطايرت رفع القوادم كالفقير الاعزل

أي لم يطق الطيران كالذي انقطع صلبه والمسكين مفعيل من السكون وهو الذي أسكنته الحاجة ومن كسر صلبه أشد حالا من الساكن ، فأما الآية فهي حجة لنا فان نعت الله تعالى المسكين بكونه ذا متربة يدل على أن هذا النعت لا يستحقه باطلاق اسم المسكنة كما يقال ثوب ذو علم ويجوز التعبير بالمسكين عن الفقير بقرينة وبغير قرينة والشعر أيضا حجة لنا فانه أخبر أن الذي كانت حلوبته وفق العيال لم يترك لهم سبد فصار فقيراً لاشيء له اذا تقرر هذا فالفقير الذي لايقدر على كسب مايقع موقعا من كفايته ولا له من الاجرة أو من المال الدائم مايقع موقعا من كفايته ولا له خمسون درهما ولا قيمتها من الذهب مثل الزمنى والمكافيف وهم العميان سموا بذلك لكف أبصارهم لان هؤلاء في الغالب لايقدرون على اكتساب مايقع موقعا من كفايتهم وربما لايقدرون على شيء أصلا قال الله تعالى (للفقراء الذين أحصروا في سبيل الله لا يستطيعون ضربا في الارض يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف تعرفهم بسيماهم لا يسئلون الناس إلحافا) ومعنى قولهم يقع موقعا من كفايتهم أنه يحصل به معظم الكفاية أو نصف الكفاية مثل من يكفيه عشرة فيحصل له من مكسبه أو غيره خمسة فما زاد ، والذي لا يحصل له الا مالا يقع موقعا من كفايته كالذي لا يحصل له إلا ثلاثة أو دونها فهذا هو الفقير والاول هو المسكين فيعطي كل واحد منهما ما يتم به كفايته وتنسد به حاجته لان المقصود دفعها واغناء صاحبها ولا يحصل إلا بذلك والذي

(فصل) وليس على المستودع مؤنة الرد وحملها الى ربها اذا كانت مما لحملها مؤنة قلت المؤنة أو كثرت لانه قبض العين لمنفعة مالكها على الخصوص فلم تلزمه الغرامة عليها كما لو وكله في حفظها في ملك صاحبها وانما عليه التمكين من اخذها، فان سافر بها بغير اذن ربها ردها الى بلدها لانه بعدها بغير اذن ربها فلزمه ردها كالغاصب

(فصل) اذا مات الرجل وثبت ان عنده وديعة لم توجد بعينها فهي دين عليه تغرم من تركته فان كان عليه دين سواها فهما سواء ان وفت تركته بهما والا اقتسماها بالحصص وبه قال الشعبي والنخعي وداود وابن ابي هند ومالك والشافعي وابو حنيفة واصحابه واسحاق وروي ذلك عن شريح ومسروق وعطاء وطاوس والزهري وابي جعفر محمد بن علي وروي عن النخعي الامانة قبل الدين وقال الحارث العكلي الدين قبل الامانة

يسأل ويحصل الكفاية أو معظمها من مسئلته فهو من المساكين لكنه يعطى جميع كفايته ويغنى عن السؤال فان قيل فقد قال النبي ﷺ «ليس المسكين بالطواف الذي ترده اللقمة واللقمتان ولكن المسكين الذي لا يسأل الناس ولا يفطن له فيتصدق عليه» قلنا هذا تجوز وانما نفى المسكنة عنه مع وجودها فيه حقيقة مبالغة في اثباتها في الذي لا يسأل الناس كما قال عليه السلام «ليس الشديد بالصرعة وانما الشديد الذي يغلب نفسه عند الغضب» وقال «ماتعدون الرقوب فيكم؟» قالوا الذي لايعيش له ولد قال «لا ولكن الرقوب الذي لم يقدم من ولده شيئاً» وقال «ماتعدون المفلس فيكم؟» قالوا الذي لا درهم له ولا متاع قال «لا ولكن المفلس الذي يأتي يوم القيامة بحسنات أمثال الجبال ويأتي وقد ظلم هذا ولطم هذا وأخذ من عرض هذا فيأخذ هذا من حسناته وهذا من حسناته حتى اذا نفدت حسناته أخذ من سيئاتهم فطرحت عليه ثم يصك له صك الى النار»

(فصل) ومن كان ذا مكسب يغنيه به نفسه وعياله ان كان له عيال أو كان له قدر كفايته في كل يوم من أجر عقار أو غلة مملوك أو سائمة فهو غني لا حق له في الزكاة وبهذا قال ابن عمر والشافعي وقال أبو حنيفة ان لم يملك نصابا فله الاخذ منها لقول النبي ﷺ «أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم» فجعل الغني من تؤخذ منه الصدقة ولا تؤخذ إلا من النصاب ولان هذا لا يملك نصابا ولا قيمته فجاز له الاخذ كالذي لا كفاية له

ولنا ما روي عبدالله بن عدي بن الخيار أن رجلين أتيا رسول الله ﷺ وهو يقسم الصدقة فسألاه شيئا منها فصعد بصره فيهما وقال لهما «ان شئتما أعطيتكما منها ولاحظ فيها لغني ولا لقوي مكتسب» رواه أبو داود ورواه الامام أحمد عن يحيى بن سعيد عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبيد الله وقال هذا أجودها إسناداً ما أجوده من حديث ما أعلم روي في هذا أجود من هذا قيل له فالحديث عن النبي ﷺ «لا تحل الصدقة لغني ولا لذي مرة سوي» قال لا أعلم فيه شيئا يصح قيل له يرويه سالم بن أبي الجعد عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال سالم لم يسمع من أبي هريرة . والنبي مختلف فيه غنى يوجب

ولنا انهما حقان وجبا في ذمته فتساويا كالدينين وسواء وجد في تركته من جنس الوديعة أو لم يوجد وهذا اذا أقر المودع ان عندي وديعة أو علي وديعة لفلان أو ثبتت بينة انه مات وعنده وديعة فأما ان كانت عنده وديعة في حياته ولم توجد بعينها ولم يعلم هل هي باقية عنده او تلفت ؟ ففيه وجهان (احدهما) وجوب ضمانها لان الوديعة يجب ردها الا أن يثبت سقوط الرد بالتلف من غير تعد ولم يثبت ذلك ولان الجهل بعينها كالجهل بها وذلك لا يسقط الرد (والثاني) لاضمان عليه لان الوديعة امانة والاصل عدم اتلافها والتعدي فيها فلم يجب ضمانها وهذا قول ابن أبي ليلى واحد الوجهين لاصحاب الشافعي والاول ظاهر المذهب لان الاصل وجود الرد فيبقى عليه مالم يوجد مايزيله

(فصل) قال الشيخ رحمه الله والمودع امين والقول قوله فيما يدعيه من رد او تلف او اذن في

الزكاة وغنى يمنع أخذها وغنى يمنع المسئلة ويخالف ما قاسوا عليه هذا فانه محتاج اليها والصدقة أوساخ الناس فلا تباح الا عند الحاجة اليها وهذا المختلف فيه لاحاجة به اليها فلا تباح له

(فصل) وان كان الرجل صحيحا جلداً وذكر أنه لا كسب له أعطي منها وقبل قوله بغير يمين إذا لم يعلم يقين كذبه ولا يحلفه لان النبي ﷺ أعطى الرجلين اللذين سألاه ولم يحلفهما ، وفي بعض روايانه انه قال أتينا النبي ﷺ فسألناه من الصدقة فصعد فينا البصر وصوبه فرآنا جلدين فقال « ان شئتما أعطيتكما » وذكر الحديث

(فصل) فان ادعى ان له عيالا فقال القاضي وأبو الخطاب يقلد ويعطي لهم كما يقلد في دعوى حاجته ، قال ابن عقيل عندي لا يقبل قوله إلا ببينة لان الاصل عدم العيال ولا تتعذر إقامة البينة عليه وفارق ما إذا ادعى انه لا كسب له فانه يدعي ما يوافق الاصل لان الاصل عدم الكسب والمال وتتعذر عليه اقامة البينة عليه . ولو ادعى الفقر من عرف بالغنى لم يقبل قوله الا ببينة تشهد بأن ماله تلف أو نفد لما روي أن النبي ﷺ قال « لا تحل المسئلة إلا لثلاثة رجل أصابته فاقة حتى يشهد له ثلاثة من ذوي الحجى من قومه لقد أصابت فلانا فاقة فحلت له المسئلة حتى يصيب قواما من عيش - أو سدادا من عيش » وهل يعتبر في البينة على الفقر ثلاثة أو يكتفى باثنين ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يكفي الا ثلاثة لظاهر الخبر (والثاني) يقبل قول اثنين لان قولهما يقبل في الفقر بالنسبة الى حقوق الآدميين المبنية على الشح والضيق ففي حق الله تعالى أولى والخبر انما ورد في حل المسئلة فيقتصر عليه وان لم يعرف له مال قبل قوله ولم يستحلف لان النبي ﷺ لم يستحلف الرجلين اللذين رآهما جلدين ، فان رآه متجملا قبل قوله أيضا لانه لا يلزم من ذلك الغنى بدليل قول الله تعالى (يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف) لكن ينبغي أن يخبره أن ما يعطيه من الزكاة لئلا يكون ممن لا تحل له الزكاة . وان رآه ظاهر المسكنة أعطاه منها ولم يحتج أن يبين له شرط جواز الأخذ ولا أن ما يدفعه اليه زكاة

دفعها الى انسان اذا ادعى المستودع تلف الوديعة فالقول قوله بغير خلاف قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان المودع اذا احرز الوديعة ثم ذكر انها ضاعت ان القول قوله وقال أكثرهم مع يمينه وان ادعى ردها على صاحبها فالقول قوله مع يمينه وبه قال الثوري والشافعي واصحاب الرأي واسحاق وبه قال مالك ان كان دفعها اليه بغير بينة وان كان أودعه اياها ببينة لم يقبل قوله في الرد الا ببينة وحكاه القاضي ابو الحسين رواية عن احمد

ولنا انه امين لا منفعة له في قبضها فقبل قوله في الرد بغير بينة كما لو اودع بغير بينة وان قال دفعتها الى فلان بامرك فأنكر مالكها الاذن في دفعها فالقول قول المودع نص عليه احمد في رواية ابن منصور وهو قول ابن ابي ليلى وقال مالك والثوري والعنبري واصحاب الرأي القول قول المالك لان الاصل عدم الاذن وله تضمينه

قال أحمد رحمه الله وقد سئل عن الرجل يدفع زكاته الي رجل هل يقول له هذه زكاة ؟ فقال يعطيه ويسكت ولا يقرعه فاكتفى بظاهر حاله عن سؤاله وتعريفه

(فصل) واذا كان الرجل بضاعة يتجر بها أوضيعة يستغلها تكفيه غلتها له ولعياله فهوغني لا يعطى من الصدقة شيئا وان لم تكفه جاز له الاخذ منها قدر ما يتم به الكفاية وان كثرت قيمة ذلك وقد تقدم ذكر ذلك في الزكاة

﴿ مسئلة ﴾ قال (والعاملين على الزكاة وهم الجباة لها والحافظون لها)

يعني العاملين على الزكاة وهم الصنف الثالث من أصناف الزكاة وهم السعاة الذين يبعثهم الامام لأخذها من أربابها وجمعها وحفظها ونقلها ومن يعينهم ممن يسوقها ويرعاها ويحملها وكذلك الحاسب والكاتب والكيال والوزان والعداد وكل من يحتاج اليه فيها فانه يعطى أجرته منها لان ذلك من مؤنتها فهو كعلفها وقد كان النبي ﷺ يبعث على الصدقة سعاة ويعطيهم عمالتهم فبعث عمر ومعاذاً وأبا موسى ورجلا من بني مخزوم وابن اللتبية وغيرهم وطلب منه ابنا عمه الفضل بن العباس وعبد المطلب بن ربيعة بن الحارث أن يبعثهما. فقالا يارسول الله لو بعثتنا على هذه الصدقة فنصيب مايصيب الناس ونؤدي اليك ما يؤدي الناس؟فأبى أن يبعثهما وقال «إن هذه الصدقة أوساخ الناس» وهذه قصص اشتهرت فصارت كالمتواتر وليس فيه اختلاف مع ما ورد من نص الكتاب فيه فأغنى عن التطويل .

(فصل) ومن شرط العامل أن يكون بالغا عاقلا أمينا لان ذلك ضرب من الولاية والولاية تشترط فيها هذه الخصال ولان الصبي والمجنون لا قبض لها والخائن يذهب بمال الزكاة ويضيعه على أربابه ويشترط اسلامه واختار هذا القاضي وذكر أبو الخطاب وغيره انه لا يشترط اسلامه لانه اجارة على عمل فجاز أن يتولاه الكافر كجباية الخراج .وقيل عن أحمد في ذلك روايتان

ولنا انه ادعى دفعاً يبرأ به من الوديعة فكان القول قوله كما لو ادعى ردها على مالكها ولو اعترف المالك بالاذن ولكن قال لم يدفعها فالقول قول المستودع أيضاً ثم ينظر في المدفوع اليه فان أقر بالقبض وكان الدفع في دين فقد برىء الكل وان أنكر فالقول قوله مع يمينه وقد ذكر اصحابنا ان الدافع يضمن لكونه قضي الدين بغير بينة ولا يجب اليمين على صاحب الوديعة لان المودع مفرط لكونه اذن له في قضاء يبرئه من الحق ولم يبرأ بدفعه فكان ضامنا سواء صدقه أو كذبه وإن أمره بدفعه وديعة لم يحتج الي بينة لان المودع يقبل قوله في التلف والرد فلا فائدة في الاشهاد عليه فعلى هذا يحلف المودع ويبرأ ويحلف الآخر ويبرأ أيضا ويكون ذهابها من مالكها وان ادعي عليه خيانة او تفريطاً فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم ذلك اشبه الوكيل

ولنا أنه يشترط له الامانة فاشترط له الاسلام كالشهادة ، ولانه ولاية على المسلمين فلم يجز أن يتولاها الكافر كسائر الولايات ولان من ليس من أهل الزكاة لا يجوز أن يتولى العمالة كالحربي ولان الكافر ليس بأمين ولهذا قال عمر لاتأمنوهم وقد خونهم الله تعالى وقد أنكر عمر على أبي موسى توليته الكتابة نصرانيا فالزكاة التي هي ركن الاسلام أولى ، ويشترط كونه من غير ذوي القربى الا أن يدفع اليه أجرته من غير الزكاة ، وقال أصحابنا يجوز له الأخذ منها لانها أجرة على عمل تجوز للغني فجازت لذوي القربى كأجرة النقال والحافظ وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي

ولنا حديث الفضل بن العباس وعبد المطلب بن ربيعة بن الحارث حين سألا النبي ﷺ أن يبعثهما على الصدقة فأبى أن يبعثهما وقال « انما هذه الصدقة أوساخ الناس وانها لا تحل لمحمد ولا لآل محمد » وحديث ابي رافع أيضاً وهذا ظاهر في تحريم أخذهم العمالة فلا تجوز مخالفته ، ويفارق النقال والحمال والراعي فانه يأخذه أجرة لحمله لا لعمالته ، ولا يشترط كونه حراً لان العبد يحصل منه المقصود كالحر فجاز أن يكون عاملا كالحر، ولا كونه فقيهاً إذا كتب له ما يأخذه وحد له كما كتب النبي ﷺ لعماله فرائض الصدقة وكما كتب أبو بكر لعماله أو بعث معه من يعرفه ذلك ،ولا كونه فقيراً لان الله تعالى جعل العامل صنفا غير الفقراء والمساكين فلا يشترط وجود معناهما فيه كما لا يشترط معناه فيهما وقد روي عن النبي ﷺ انه قال «لاتحل الصدقة لغني إلا لخمسة: لغاز في سبيل الله أو لعامل عليها أو لرجل ابتاعها بماله أو لرجل كان له جار مسكين فتصدق على المسكين فأهدى المسكين الى الغني » رواه أبوداود . وذكر أصحاب الشافعي انه تشترط الحرية لان العمالة ولاية فنافاها الرق كالقضاء ، ويشترط الفقه ليعلم قدر الواجب وصفته

ولنا ما ذكرناه ولا نسلم منافاة الرق للولايات الدينية فانه يجوز أن يكون إماما في الصلاة ومفتياً وراويا للحديث وشاهداً ، وهذه من الولايات الدينية . وأما الفقه فانما يحتاج اليه لمعرفة ما يأخذه ويترك ويحصل ذلك بالكتاب له كما فعل النبي ﷺ وصاحباه رضي الله عنهما

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال لم تودعني ثم اقر بها او ثبتت ببينة ثم ادعي الرد اوالتلف لم يقبل قوله وان أقام بينة ويحتمل ان تقبل بينته)

اذا ادعي على رجل وديعة فأنكر ثم ثبت انه أودعه فقال أودعتني وهلكت من حرزي لم يقبل قوله وعليه ضمانها وبهذا قال مالك والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي لأنه مكذب لانكاره الاول ومعترف على نفسه بالكذب المنافي للامانة وان أقر صاحبها له تلفها من حرزه قبل جحدها فلا ضمان عليه وان أقر انها تلفت بعد جحوده لم يسقط عنه الضمان لانه خرج بجحوده عن الامانة فصار ضامنا كمن طولب بالوديعة فامتنع من ردها وكذلك إن اقام بينة بتلفها بعد الجحود لذلك وان شهدت بتلفها قبل الجحود من الحرز فهل تسمع بينته؟ فيه وجهان (احدهما) لا تسمع لانه مكذب لها بانكاره الايداع (والثاني) تسمع

(فصل) والامام مخير بين أن يستأجر العامل اجارة صحيحة بأجر معلوم اما على مدة معلومة واما على عمل معلوم وبين أن يجعل له جعلا معلوما على عمله فاذاعمله استحق المشروط وان شاء بعثه من غير تسمية ثم أعطاه فان عمر رضي الله عنه قال بعثني النبي ﷺ على الصدقة فلما رجعت عماني فقلت اعطه من هو أحوج مني وذكر الحديث فان تلفت الصدقة في يده قبل وصولها الى أربابها من غير تفريط فلاضمان عليه ويستحق أجرة من بيت المال وان لم تتلف أعطي أجر عمله منها وان كان أكثر من ثمنها أو أقل ثم قسم الباقي على أربابه لان ذلك من مؤنتها فجرى مجرى علفها ومداواتها. وان رأى الامام اعطاه أجرة من بيت المال أو يجعل له رزقا في بيت المال ولا يعطيه منها شيئا فعل وان تولي الامام أو الوالي من قبله أخذ الصدقة وقسمها لم يستحق منها شيئا لانه يأخذ رزقه من بيت المال »

(فصل) ويجوز للامام أن يولي الساعي جبايتها دون تفرقتها ويجوز أن يوليه جبايتها وتفريقها فان النبي ﷺ ولى ابن اللتبية فقدم بصدقته على النبي ﷺ فقال هذا لكم وهذا أهدي إلي وقال لقبيصة « أقم ياقبيصة حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها » وأمر معاذاً أن يأخذ الصدقة من أغنيائهم فيردها في فقرائهم . ويروى أن زيادا ولى عمران بن حصين الصدقة فلما جاء قيل له أين المال ؟ قال أو للمال بعثتني أخذناها كما كنا نأخذها على عهد رسول الله ﷺ ووضعناها حيث كنا نضعها على عهد رسول الله ﷺ رواه أبو داود ، وعن أبي جحيفة قال أتانا مصدق النبي ﷺ وأخذ الصدقة من أغنيائنا فوضعها في فقرائنا وكنت غلاما يتيما فأعطاني منها قلوصا . أخرجه الترمذي

« مسئلة » قال (والمؤلفة قلوبهم وهم المشركون المتألفون على الاسلام)

هذا الصنف الرابع من أصناف الزكاة والمستحقون لها ، وقال أبو حنيفة انقطع سهمهم وهو أحد أقوال الشافعي لما روي أن مشركا جاء يلتمس من عمر مالا فلم يعطه وقال (من شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر) ولم ينقل عن عمر ولا عثمان ولا علي أنهم أعطوا شيئا من ذلك، ولان الله تعالى أظهر الاسلام

لان صاحبها لو اقر بذلك سقط عنه فتسمع البينة به فان شهدت بالتلف من الحرز ولم تعين قبل الجحود ولا بعده واحتمل الامرين لم يسقط الضمان لان الاصل وجوبه فلا ينتفي بامر متردد

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال مالك عندي شيء قبل قوله في الرد والتلف) اذا قامت بينة بالايداع اواقر به المودع بعد قوله مالك عندي شيء اولا حق لك علي ثم قال ضاعت من حرزي كان القول قوله مع يمينه ولا ضمان عليه لان قوله لا ينافي ماشهدت به البينة ولا يكذبها فان من تلفت الوديعة من حرزه بغير تفريطه لاشيء لمالكها عنده ولا يستحق عليه شيئاً

(فصل) فان نوى الخيانة في الوديعة بالجحود او الاستعمال ولم يفعل ذلك لم يصر ضامناً لأنه لم

وقع المشركين فلا حاجة بنا الى التأليف . وحكى حنبل عن أحمد أنه قال المؤلفة قد انقطع حكمهم اليوم والمذهب على خلاف ماحكاه حنبل ولعل معنى قول احمد انقطع حكمهم أي لايحتاج اليهم في الغالب أو أراد أن الائمة لايعطونهم اليوم شيئا ، فأما ان احتاج اليهم جاز الدفع اليهم فلا يجوز الدفع اليهم إلا مع الحاجة

ولنا على جواز الدفع اليهم قول الله تعالى (والمؤلفة قلوبهم) وهذه الآية في سورة براءة وهي آخر مانزل من القرآن على رسول الله ﷺ وقد ثبت أن رسول الله ﷺ أعطى المؤلفة من المشركين والمسلمين وأعطى أبو بكر عدي بن حاتم وقد قدم عليه بثلاثمائة جمل من ابل الصدقة ثلاثين بعيراً ومخالفة كتاب الله وسنة رسوله واطراحها بلا حجة لايجوز ولا يثبت النسخ بترك عمر وعثمان اعطاء المؤلفة ولعلهم لم يحتاجوا الى اعطائهم فتركوا ذلك لعدم الحاجة اليه لا لسقوطه

(فصل) والمؤلفة قلوبهم ضربان : كفار ومسلمون وهم جميعا السادة المطاعون في قومهم وعشائرهم فالكفار ضربان (أحدهما) من يرجى اسلامه فيعطى لتقوى نيته في الاسلام وتميل نفسه اليه فيسلم فان النبي ﷺ يوم فتح مكة أعطي صفوان بن أمية الامان واستنظره صفوان أربعة أشهر لينظر في أمره وخرج معه الى حنين فلما أعطي النبي ﷺ العطايا قال صفوان مالي؟ فأومأ النبي ﷺ الى واد فيه ابل محملة فقال « هذا لك » فقال صفوان ان هذا عطاء من لايخشى الفقر

(والضرب الثاني) من يخشى شره ويرجى بعطيته كف شره وكف غيره معه ، وروي عن ابن عباس ان قوما كانوا يأتون النبي ﷺ فان اعطاهم مدحوا الاسلام وقالوا هذا دين حسن وإن منعهم ذموا وعابوا ، واما المسلمون فأربعة اضرب (قوم) من سادات المسلمين لهم نظراء من الكفار ومن المسلمين الذين لهم نية حسنة في الاسلام فاذا اعطوا رجي اسلام نظرائهم وحسن نياتهم فيجوز اعطاؤهم لان ابا بكر اعطى عدي بن حاتم والزبرقان بن بدر مع حسن نياتهما واسلامهما

(الضرب الثاني) سادات مطاعون في قومهم يرجى بعطيتهم قوة إيمانهم ومناصحتهم في الجهاد

يحدث في الوديعة قولا ولا فعلا فلم يضمن كما لو لم ينو وقال ابن شريح يضمن لانه امسكها بنية الخيانة فضمنها كاللقطة بقصد التمليك

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « عفي لامتي عن الخطأ والنسيان وماحدثت به انفسها مالم تتكلم به أو تعمل به » ولانه لم يخن فيها بقول ولا فعل فلم يضمنها كالذي لم ينو وفارق الملتقط بقصد التمليك فانه عمل بها باخذها ناوياً للخيانة فيها فوجب الضمان بفعله المنوي لا بمجرد النية ولو التقطها قاصدا لتعريفها ثم نوى بعد ذلك امسا كها لنفسه كانت كمسئلتنا وان اخرجها بنية الاستعمال فلم يستعملها ضمنها وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لايضمنها الا بالاستعمال لانه لو اخرجها لنقلها لم يضمنها ولنا انه تعدى باخراجها اشبه مالو استعملها بخلاف ماذا نقلها

فانهم يعطون لان النبي ﷺ أعطى عيينة بن حصن والاقرع بن حابس وعلقمة بن علاثة والطلقاء من أهل مكة وقال للانصار « يامعشر الانصار علام تأسون على لعاعة من الدنيا تألفت بها قوما لاإيمان لهم ووكلتكم الى إيمانكم؟ »

وروى البخاري باسناده عن عمرو بن تغلب أن رسول الله ﷺ أعطى ناساً وترك ناسا فبلغه عن الذين ترك أنهم عتبوا فصعد المنبر فحمد الله وأثنى عليه ثم قال « اني أعطي ناسا وأدع ناساوالذي أدع أحب إلي من الذي أعطي ، أعطي ناسا لما في قلوبهم من الجزع والهلع وأكل ناسا الى مافي قلوبهم من الغنى والخير منهم عمرو بن تغلب » وعن أنس قال حين أفاء الله على رسوله أموال هوازن طفق رسول الله ﷺ يعطي رجالا من قريش مائة من الابل فقال ناس من الانصار يغفر الله لرسول الله ﷺ يعطي قريشا ويدعنا وسيوفنا تقطر من دمائهم فقال رسول الله ﷺ « اني أعطي رجالا حدثاء عهد بكفر أتألفهم » متفق عليه

(الضرب الثالث) قوم في طرف بلاد الاسلام اذا أعطوا دفعوا عمن يليهم من المسلمين

(الضرب الرابع) قوم اذا أعطوا أجبوا الزكاة ممن لا يعطيها إلا أن يخاف وكل هؤلاء يجوز الدفع اليهم من الزكاة لانهم من المؤلفة قلوبهم فيدخلون في عموم الآية

مسألة قال (وفي الرقاب وهم المكاتبون)

لا نعلم بين أهل العلم خلافا في ثبوت سهم الرقاب ولا يختلف المذهب في أن المكاتبين من الرقاب يجوز صرف الزكاة اليهم ، وهو قول الجمهور وخالفهم مالك فقال : إنما يصرف سهم الرقاب في اعتاق العبيد ولا يعجبني ان يعان منها مكاتب وخالف أيضا ظاهر الآية لان المكاتب من الرقاب لانه عبد واللفظ عام فيدخل في عمومه إذا ثبت هذا فانه يدفع الى المكاتب جميع ما يحتاج اليه لوفاء كتابته فان لم يكن معه شيء جاز أن يدفع اليه جميعها وإن كان معه شيء له يتم مايتخلص به لان حاجته لا تندفع إلا بذلك ولا يدفع إلى من معه وفاء كتابته شيء لانه مستغن عنه في وفاء الكتابة قيل ولا يدفع اليه بحكم الفقر شيء لانه عبد ويجوز أن يدفع اليه في كتابته قبل حلول النجم لئلا يحل النجم ولا شيء معه فتنفسخ الكتابة ولا يدفع إلى مكاتب كافر شيء لانه ليس من مصارف الزكاة ولا يقبل قول المكاتب إنه مكاتب إلا ببينة لان الاصل عدمها فان صدقه السيد ففيه وجهان :

﴿ مسألة ﴾ (وان مات المودع فادعى وارثه التسليم لم يقبل الا ببينة) لان صاحبها لم يأتمنه عليها فلا يقبل قوله عليه بخلاف المودع فانه ائتمنه فتقبل قوله بغير بينة

﴿ مسألة ﴾ (فان تلفت عنده قبل امكان ردها لم يضمنها)

(أحدهما) : يقبل لان الحق في العبد لسيده فاذا أقر بانتقال حقه عنه قبل . و (الثاني) : لا يقبل لانه متهم في أنه يواطئه ليأخذ به المال .

(فصل) ويجوز للسيد دفع زكاته الى مكاتبه لانه قد صار معه في باب المعاملة كالاجنبي حتى يجري بينهما الربا فصار كالغريم يدفع زكاته الى غريمه ويجوز للمكاتب ردها الى سيده بحكم الوفاء لأنها رجعت اليه بحكم الايفاء أشبه ايفاء الغريم دينه بها قال ابن عقيل ويجوز دفع الزكاة الى سيد المكاتب وفاء عن الكتابة وهو الاولى لانه أعجل لعتقه وأوصل الى المقصود الذي كان الدفع من أجله فانه اذا أخذه المكاتب قد يدفعه وقد لا يدفعه .

ونقل حنبل انه قال قال سفيان لا تعطي مكاتبا لك من الزكاة قال وسمعت أبا عبد الله يقول : وأنا أرى مثل ذلك .

وقال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسأل : أيعطى المكاتب من الزكاة ؟ قال : المكاتب بمنزلة العبد فكيف يعطى ؟ ومعناه والله أعلم لا يعطي مكاتبه من الزكاة لانه عبده وماله يرجع اليه ان عجز وان عتق فله ولاؤه ولا تقبل شهادته لمكاتبه ولا شهادة مكاتبه له

﴿ مسألة ﴾ قال (وقد روي عن عبد الله رحمه الله رواية أخرى أنه يعتق منها)

اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله في جواز الاعتاق من الزكاة فروي عنه جواز ذلك ، وهو قول ابن عباس والحسن والزهري ومالك واسحاق وأبي عبيد والعنبري وابي ثور لعموم قول الله تعالى (وفي الرقاب) وهو متناول للقن بل هو ظاهر فيه فان الرقبة اذا أطلقت انصرفت اليه كقوله تعالى (فتحرير رقبة) وتقدير الآية وفي اعتاق الرقاب ولانه اعتاق للرقبة فجاز صرف الزكاة فيه كدفعه في في الكتابة والرواية الاخرى لا يجوز وهو قول ابراهيم والشافعي لان الآية تقتضي صرف الزكاة الي الرقاب كقوله (في سبيل الله) يريد الدفع الي المجاهدين كذلك ههنا والعبد القن لا يدفع اليه شيء قال احمد في رواية أبي طالب قد كنت أقول يعتق من زكاته ، ولكن اهابه اليوم ولانه يجر الولاء وفي موضع آخر قيل له فما يجبك من ذلك ؟ قال : يعين من ثمنها فهو أسلم

وقد روي نحو هذا عن النخعي وسعيد بن جبير فانهما قالا : لا يعتق من الزكاة رقبة كاملة ، لكن يعطي منها في رقبة ويعين مكاتبا ، وبه قال أبو حنيفة وصاحباه لانه اذا أعتق من زكاته انتفع بولاء من أعتقه فكأنه صرف الزكاة الي نفسه

لانه لا تفريط منه ولا تعد وان كان بعد الامكان فتلفت ففيه وجهان (احدهما) يضمنها لتأخر ردها مع امكانه والآخر لا يضمنها لانه غير متعد في اثبات يده عليها انما حصلت في يده بغير فعله

(فصل) اذا مات المودع وعنده وديعة معلومة بعينها فعلى وارثه تمكين صاحبها من أخذها فان لم

وأخذ ابن عقيل من هذه الرواية أن أحمد رجع عن القول بالاعتاق من الزكاة وهذا والله أعلم من احمد انما كان على سبيل الورع فلا يقتضي رجوعا لان العلة التي تملك بها جر الولاء ومذهبه أن ما رجع من الولاء رد في مثله فلا ينتفع اذا باعتاقه من الزكاة

(فصل) ولا يجوز أن يشتري من زكاته من يعتق عليه بالرحم وهو كل ذي رحم محرم فان فعل عتق عليه ولم تسقط عنه الزكاة .

وقال الحسن لا بأس أن يعتق أباه من الزكاة لان دفع الزكاة لم يحصل الي أبيه وانما دفع الثمن الي بائعه

ولنا أن نفع زكاته عاد الي أبيه فلم يجز كما لو دفعها اليه ولان عتقه حصل بنفس الشراء مجازاة وصلة الرحم فلم يجز أن يحتسب له به عن الزكاة كنفقة أقاربه ، ولو أعتق عبده المملوك له عن زكاته لم يجز لان اداء الزكاة عن كل مال من جنسه والعبد ليس من جنس ما تجب الزكاة فيه ولو أعتق عبداً من عبيده التجارة لم يجز لان الواجب في قيمتهم لا في عينهم

(فصل) ويجوز أن يشتري من زكاته أسيراً مسلما من أيدي المشركين لانه فك رقبة من الاسر فهو كفك رقبة العبد من الرق ولان فيه اعزازاً للدين فهو كصرفه الي المؤلفة قلوبهم ولانه يدفعه الي الاسير لفك رقبته فأشبه ما يدفعه الي الغارم لفك رقبته من الدين .

(مسئلة) (قال فما رجع من الولاء رد في مثله)

يعني يعتق به أيضاً ، وبهذا قال الحسن وإسحاق وقال ابو عبيد الولاء للمعتق لقول النبي ﷺ « انما الولاء لمن أعتق » وقال مالك ولاؤه لسائر المسلمين لانه مال لامستحق له أشبه مال من لاوارث له ، وقال العنبري يجعله في بيت المال للصدقات لان عتقه من الصدقة فولاؤه يرجع اليها ، ولان عتقه بمال هو لله والمعتق نائب عن الله تعالى في الشراء والاعتاق فلم يكن الولاء له كما لو توكل في الاعتاق وكالساعي إذا اشترى من الزكاة رقبة وأعتقها ، ولان الولاء أثر الرق ، وفائدة من المعتق فلم يجز أن يرجع إلى المزكي لافضائه إلى أن ينتفع بزكاته ، وقد روي عن أحمد مايدل على أن الولاء له وقد سبق ذلك في باب الولاء

(فصل) ولا يعقل عنه اختاره الخلال وعن احمد رواية أخرى أنه يعقل عنه اختارها أبو بكر لانه معتق فيعقل عنه كالذي أعتقه من ماله وانما لم يأخذ ميراثه بالولاء لئلا ينتفع بزكاته والعقل عنه ليس بانتفاع فيبقى على الاصل

يفعل ضمن كالمودع فان لم يعلم صاحبها بموت المودع فعلى الورثة اعلامه وليس لهم امساكها قبل ان يعلم بها ربها لانه لا يأتمنهم عليها وانما حصل مال غيرهم بأيديهم بمنزلة من اطارت الريح الى داره ثوباً وعلم به فعليه إعلام صاحبه به فان احرز ذلك مع الامكان ضمن كذا ههنا

ولنا أنه لا ولاء عليه فلم يعقل عنه كما لو كان وكيلا في العتق ولأنه لا يرثه فلم يعقل عنه كالو اختلف دينهما وما ذكره يبطل بالوكيل والساعي إذا أعتق من الزكاة

﴿ مسئلة ﴾ قال (والغارمين)

وهم المدينون العاجزون عن وفاء ديونهم هذا الصنف السادس من أصناف الزكاة ولا خلاف في استحقاقهم وثبوت سهمهم وان المدينين العاجزين عن وفاء ديونهم منهم لكن ان غرم في معصية مثل أن يشتري خمراً أو يصرفه في زناء أو قمار أو غناء ونحوه لم يدفع اليه قبل التوبة شيء لانه إعانة على المعصية وان تاب فقال القاضي يدفع اليه واختاره ابن عقيل لان ابقاء الدين الذي في الذمة ليس من المعصية بل يجب تفريغها والاعانة على الواجب قربة لا معصية فأشبه من أتلف ماله في المعاصي حتى افتقر فانه يدفع اليه من سهم الفقراء ، وفيه وجه آخر لايدفع اليه لانه استدانة للمعصية فلم يدفع اليه كما لو لم يتب ولانه لا يؤمن أن يعود إلى الاستدانة للمعاصي ثقة منه بان دينه يقضى بخلاف من أتلف ماله في المعاصي فانه يعطى لفقره لا لمعصيته

(فصل) ولا يدفع إلى غارم كافر لانه ليس من أهل الزكاة ولذلك لايدفع الى فقيرهم ولا مكاتبهم وإن كان من ذوي القربى فقال أصحابنا يجوز الدفع اليه لان علة منعه من الاخذ منها لفقره صيانة عن أكلها لكونها أوساخ الناس وإذا اخذها لغرمه صرفها إلى الغرماء فلا يناله دناءة وسخها ، ويحتمل أن لا يجوز لعموم النصوص في منعهم من أخذها وكونها لاتحل لهم ، ولان دناءة أخذها تحصل سواء أكلها أو لم يأكلها ولا يدفع منها الى غارم له ما يقضي به غرمه لان الدفع اليه لحاجته وهو مستغن عنها

(فصل) ومن الغارمين صنف يعطون مع الغنى وهو غرم لاصلاح ذات البين وهو أن يقع بين الحيين وأهل القريتين عداوة وضغائن يتلف فيها نفس أو مال ويتوقف صلحهم على من يتحمل ذلك فيسعى انسان في الاصلاح بينهم ويتحمل الدماء التي بينهم والاموال فيسمى ذلك حمالة بفتح الحاء وكانت العرب تعرف ذلك وكان الرجل منهم يتحمل الحمالة ثم يخرج في القبائل فيسأل حتى يؤديها فورد الشرع بإباحة المسئلة فيها وجعل له نصيبا من الصدقة فروى قبيصة بن المخارق قال تحملت حمالة فأتيت النبي ﷺ وسألته فيها فقال « أقم يا قبيصة حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها » ثم قال « يا قبيصة ان المسئلة لا تحل إلا لثلاثة رجل تحمل حمالة فيسأل فيها حتى يؤديها ثم يمسك ، ورجل أصابته جائحة فاجتاحت ماله فحلت له المسئلة حتى يصيب سدادا من عيش - أو - قواما من عيش ورجل أصابته فاقة حتى يشهد له ثلاثة

(فصل) ولا تثبت الوديعة الا باقرار من الميت او ورثته او بينة وان وجد عليها مكتوب وديعة لم يكن حجة عليهم لجواز ان يكون الوعاء كانت فيه وديعة قبل هذه او كان وديعة لموروثهم عند غيره او كانت وديعة فابتاعها وكذلك لو وجد في رزمانج ابيه ان لفلان عندي وديعة كذا لم يلزمه بذلك لجواز ان يكون قد ردها ونسي الضرب على ما كتب أو غير ذلك وهذا قول أصحاب الشافعي وحكى القاضي

من ذوي الحجى من قومه لقد أصابت فلانا فاقة فحلت له المسئلة حتى يصيب سداداً من عيش - أو - قواما من عيش وما سوى ذلك فهو سحت يأ كلها صاحبها سحتا يوم القيامة » أخرجه مسلم ، وروى ابو سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال « لا تحل الصدقة لغني إلا لخمسة » ذكر منها الغارم ولانه انما يقبل ضمانه وتحمله اذا كان مليا وبه حاجة إلى ذلك مع الغنى ، وان أدى ذلك من ماله لم يكن له أن يأخذ لانه قد سقط الغرم ، وان استدان وأداها جاز له الاخذ لان الغرم باق والمطالبة قائمة والفرق بين هذا الغرم والغرم لمصلحة نفسه أن هذا الغرم يأخذ لحاجتنا اليه لاطفاء الثائرة واخماد الفتنة فجاز له الاخذ مع الغنى كالغازي والمؤلف والعامل والغارم لمصلحة نفسه يأخذ لحاجة نفسه فاعتبرت حاجته وعجزه كالفقير والمسكين والمكاتب وابن السبيل وإذا كان الرجل غنيا وعليه دين لمصلحة لا يطيق قضاءه جاز أن يدفع اليه ما يتم به قضاءه مع مازاد عن حد الغنى فاذا قلنا الغنى يحصل بخمسين درهما وله مائة وعليه مائة جاز أن يدفع له خمسون ليتم قضاء المائة من غير أن ينقص غناه قال أحمد لا يعطى من عنده خمسون درهما أو حسابها من الذهب إلا مدينا فيعطى دينه وان كان يمكنه قضاء الدين من غير نقص من الغناء لم يعط شيئا .

(فصل) واذا أراد الرجل دفع زكاته إلى الغارم فله أن يسلمها اليه ليدفعها إلى غريمه وان أحب أن يدفعها إلى غريمه قضاء عن دينه فعن أحمد فيه روايتان (إحداهما) يجوز ذلك نقل أبو الحارث قال قلت لاحمد رجل عليه الف وكان على رجل زكاة ماله الف فأداها عن هذا الذي عليه الدين يجوز هذا من زكاته ؟ قال نعم ما أرى بذلك بأسا وذلك لانه دفع الزكاة في قضاء دينه فأشبه مالو دفعها اليه يقضي بها دينه والثانية لا يجوز دفعها إلى الغريم قال أحمد أحب إلي أن يدفعه اليه حتى يقضي هو عن نفسه قيل هو محتاج يخاف أن يدفعه اليه فيأكله ولا يقضي دينه قال فقل له يوكله حتى يقضيه فظاهر هذا أنه لا يدفع الزكاة إلى الغريم إلا بوكالة الغارم لان الدين إنما هو على الغارم فلا يصح قضاؤه إلا بتوكيله ويحتمل أن يحمل هذا على الاستحباب ويكون قضاؤه عنه جائزا وان كان دافع الزكاة الامام جاز أن يقضي بها دينه من غير توكيله لان للامام ولاية عليه في ايفاء الدين ولهذا يجبره عليه إذا امتنع منه وإذا ادعى الرجل أن عليه دينا فان كان يدعيه من جهة إصلاح ذات البين فالامر فيه ظاهر لا يكاد يخفى فان خفي ذلك لم يقبل منه إلا ببينة وان غرم لمصلحة نفسه لم يدفع اليه إلا ببينة أيضا لان الاصل عدم الغرم وبراءة الذمة فان صدقه الغريم فعلى وجهين كالمكاتب اذا صدقه سيده

ابو الحسين ان المذهب وجوب الدفع الى من هو مكتوب باسمه اومأ اليه احمد كما لو وجد في رزمانج ابيه ديناً على غيره بخط ابيه كان له ان يعمل على خطه ويحلف على استحقاقه بالخط فاذا وجد ديناً عليه كان اولى واحوط

﴿مسئلة﴾ (وان ادعى الوديعة اثنان فاقر بها لاحدهما فهي له مع يمينه) لان يده دليل على ملكه بدليل

مسئلة قال (وسهم في سبيل الله وهم الغزاة يعطون مايشترون به الدواب والسلاح وما ينفقون به على العدو وإن كانوا أغنياء)

هذا الصنف السابع من أهل الزكاة ولاخلاف في استحقاقهم وبقاء حكمهم ولا خلاف في أنهم الغزاة في سبيل الله لان سبيل الله عند الاطلاق هو الغزو قال الله تعالى (وقاتلوا في سبيل الله) وقال (ويجاهدون في سبيله) وقال (إن الله يحب الذين يقاتلون في سبيله صفا) وذكر ذلك في غير موضع من كتابه فاذا تقرر هذا فانهم يعطون وان كانوا أغنياء وبهذا قال مالك والشافعي واسحاق وأبو ثور وأبو عبيد وابن المنذر وقال أبو حنيفة وصاحباه لا تدفع الا الى فقير وكذلك قالوا في الغارم لاصلاح ذات البين لان من تجب عليه الزكاة لا تحل له كسائر أصحاب السهمان ولان النبي ﷺ قال لمعاذ «أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم» فظاهر هذا أنها كلها ترد في الفقراء والفقير عندهم من لا يملك نصابا

ولنا قول النبي ﷺ «لا تحل الصدقة لغني الا لخمسة لغاز في سبيل الله أو لغارم» وذكر بقيتهم ولان الله تعالى جعل الفقراء والمساكين صنفين وعد بعدهما ستة أصناف فلا يلزم وجود صفة الصنفين في بقية الاصناف كما لا يلزم وجود صفة الاصناف فيهما ولان هذا يأخذ لحاجته اليها دون من يأخذ لحاجتنا اليه فأشبه العامل والمؤلف فأما أهل سائر السهمان فانما يعتبر فقر من يأخذ لحاجته اليها دون من يأخذ لحاجتنا اليه فاذا تقرر هذا فمن قال إنه يريد الغزو قبل قوله لانه لايمكن اقامة البينة على نيته ويدفع اليه قدر كفايته لمؤنته وشراء السلاح والفرس ان كان فارسا وحمولته ودرعه وأثاثه وسائر مايحتاج اليه لغزوه وان كثر ذلك ويدفع اليه دفعا مراعى فان لم يغز رده لانه أخذه كذلك وان غزا وعاد فقد ملك ما أخذه لاننا دفعنا اليه قدر الكفاية وانما ضيق على نفسه وان مضى الى الغزو فرجع من الطريق أو لم يتم الغزو والذي دفع اليه من أجله رد ما فضل معه لان الذي أخذ لاجله لم يفعله كله

(فصل) وانما يستحق هذا السهم الغزاة الذين لاحق لهم في الديوان وانما يتطوعون بالغزو اذا نشطوا قال احمد ويعطى ثمن الفرس ولا يتولى مخرج الزكاة شراء الفرس بنفسه لان الواجب ايتاء الزكاة فاذا اشتراها بنفسه فما أعطى الا فرسا وكذلك الحكم في شراء السلاح والمؤنة، وقال في موضع آخر ان دفع ثمن الفرس وثمن السيف فهو أعجب إلي، وان اشتراه هو رجوت أن يجزئه، وقال أيضا

انه لوادعاها لنفسه كان القول قوله فكذلك اذا اقر بها لغيره ويلزمه ان يحلف للآخر لانه منكر لحقه فان حلف بريء وان نكل لزمه ان يغرم له قيمتها لانه فوتها عليه وكذلك لواقر له بها بعدان اقر بها للاول فانها تسلم الى الاول ويغرم قيمتها للثاني نص عليه احمد

﴿مسئلة﴾ (وان اقر بها لهما جميعا فهي بينهما) ويلزمه اليمين لكل واحد منهما في نصفها وان قال لا اعرف

يشتري الرجل من زكاته الفرس ويحمل عليه والقناة ويجهز الرجل وذلك لانه قد صرف الزكاة في سبيل الله فجاز كما لودفعها الى الغازي فاشترى بها قال ولا يشتري من الزكاة فرسا يصير حبيسا في سبيل الله ولا دارا ولا ضيعة يصيرها في سبيل الله للرباط ولا يقفها على المجاهدين لانه لم يؤت الزكاة لاحد وهو مأمور بايتائها قال ولا يغزو الرجل على الفرس الذي أخرجه من زكاة ماله لانه لايجوز أن يجعل نفسه مصرفا لزكاته كما لا يجوز أن يقضي بها دينه ، ومتى أخذ الفرس التي اشتريت بماله صار مصرفا لزكاته

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويعطى أيضا في الحج وهو من سبيل الله)

يروى هذا عن ابن عباس وعن ابن عمر الحج في سبيل الله وهو قول اسحاق لماروي أن رجلا جعل ناقة له في سبيل الله فأرادت امرأته الحج فقال لها النبي ﷺ « اركبيها فان الحج في سبيل الله » وعن احمد رحمه الله رواية أخرى لا يصرف منها في الحج وبه قال مالك وابو حنيفة والثوري والشافعي وابو ثور وابن المنذر وهذا أصح لان سبيل الله عند الاطلاق انما ينصرف الى الجهاد فان كل مافي القرآن من ذكر سبيل الله انما أريد به الجهاد الا اليسير فيجب أن يحمل مافي هذه الآية على ذلك لان الظاهر ارادته به ولان الزكاة انما تصرف الى أحد رجلين محتاج اليها كالفقراء والمساكين وفي الرقاب والغارمين لقضاء ديونهم او من يحتاج اليه المسلمون كالعامل والغازي والمؤلف والغارم لاصلاح ذات البين والحج من الفقير لانفع للمسلمين فيه ولا حاجة بهم اليه ولا حاجة به أيضا اليه لان الفقير لافرض عليه فيسقطه ولا مصلحة له في إيجابه عليه وتكليفه مشقة قد رفهه الله منها وخفف عنه إيجابها وتوفير هذا القدر على ذوي الحاجة من سائر الاصناف أو دفعه في مصالح المسلمين أولى وأما الخبر فلا يمنع أن يكون الحج من سبيل الله والمراد بالآية غيره لما ذكرنا ، وقال الشافعي يجوز الدفع الى من أراد الحج لكونه ابن سبيل ولا يصح لان ابن السبيل المسافر المنقطع به أو من هو محتاج الى السفر ولا حاجة بهذا الى هذا السفر فان قلنا يدفع في الحج منها فلا يعطى الا بشرطين (أحدهما) أن يكون ممن ليس له مايحج به سواها لقول النبي ﷺ « لاتحل صدقة لغني ولا لذي مرة سوي » وقال « لاتحل الصدقة لغني الا لخمسة » ولم يذكر الحاج منهم ولانه يأخذ لحاجته لا لحاجة المسلمين اليه فاعتبرت فيه الحاجة كمن يأخذ لفقره (والثاني) أن يأخذه لحجة الفرض ذكره ابو الخطاب لانه يحتاج الى اسقاط فرضه وابراء ذمته اما التطوع فله مندوحة عنه ، وقال القاضي ظاهر كلام احمد جواز ذلك في الفرض والتطوع معا وهو ظاهر قول الخرقي لان الكل من سبيل الله ولان الفقير لافرض عليه فالحجة منه

صاحبها فاعترفا له بجهله بعين المستحق لها فلا يمين عليه وان ادعيا معرفته لزمته يمين واحدة انه لايعلم ذلك وقال ابو حنيفة يحلف يمينين كما لو انكرهما

ولنا ان الذي يدعي عليه أمر واحد وهو العلم بعين المالك فكفاه يمين واحدة كما لو ادعياها فأقر بها لاحدهما ويفارق مااذا انكرهما لان كل واحد منهما يدعي عليه انها له فهما دعويان فان حلف

كالتطوع فعلى هذا يجوز أن يدفع اليه مايحج به حجة كاملة وما يغنيه في حجة ولا يجوز أن يحج من زكاة نفسه كما لايجوز أن يغزو بها

﴿ مسئلة ﴾ قال (وابن السبيل وهو المنقطع به وله اليسار في بلده فيعطى من الصدقة مايبلغه)

ابن السبيل هو الصنف الثامن من أهل الزكاة ولاخلاف في استحقاقه وبقاء سهمه وابن السبيل هو المسافر الذي ليس له مايرجع به الى بلده وله اليسار في بلده فيعطى مايرجع به ، وهذا قول قتادة ونحوه قال مالك وأصحاب الرأي ، وقال الشافعي هو المختار ومن يريد إنشاء السفر الى بلد أيضا فيدفع اليهما مايحتاجان اليه لذهابهما وعودهما لانه يريد السفر لغير معصية فأشبه المجتاز

ولنا أن ابن السبيل هو الملازم للطريق الكائن فيها كما يقال ولد الليل للذي يكثر الخروج فيه والقاطن في بلده ليس في طريق ولا يثبت له حكم الكائن فيها ولهذا لايثبت له حكم السفر بهمه به دون فعله ولانه لايفهم من ابن السبيل إلا الغريب دون من هو في وطنه ومنزله ، وان انتهت به الحاجة منتهاها ، فوجب أن يحمل المذكور في الآية على الغريب دون غيره وانما يعطى وله اليسار في بلده لانه عاجز عن الوصول اليه والانتفاع به فهو كالمعدوم في حقه ، فان كان ابن السبيل فقيراً في بلده أعطي لفقره وكونه ابن السبيل لوجود الامرين فيه ويعطى لكونه ابن سبيل قدر ما يوصله الى بلده لان الدفع اليه للحاجة الى ذلك فتقدر بقدره ، وتدفع اليه وان كان موسراً في بلده اذا كان محتاجا في الحال لانه عاجز من الوصول الى ماله فصار كالمعدوم ، وان فضل معه شيء بعد رجوعه الى بلده رده لانه أخذه للحاجة وقد حصل الغنى بدونه فأشبه ما لو أخذه لغزو فلم يغز وان كان فقيراً أو اتصل بسفره الفقر أخذ الفضل لفقره لانه ان فات الاستحقاق بكونه ابن سبيل حصل الاستحقاق بجهة أخرى ، وان كان غارما أخذ الفضل لغرمه

(فصل) وان كان ابن السبيل مجتازاً يريد بلداً غير بلده فقال أصحابنا يجوز أن يدفع اليه مايكفيه في مضيه الى مقصده ورجوعه الى بلده لان فيه إعانة على السفر المباح وبلوغ الغرض الصحيح لكن يشترط كون السفر مباحا اما قربة كالحج والجهاد وزيارة الوالدين أو مباحا كطلب المعاش والتجارات ، فأما المعصية فلا يجوز الدفع اليه فيها لانه اعانة عليها وتسبب اليها فهو كفعلها فان وسيلة الشيء جارية

اقرع بينهما وسلمت الى من تقع له القرعة وقال الشافعي يتحالفان ويوقف الشيء بينهما حتى يصطلحا وهذا قول ابن أبي ليلى لانه لايعلم المالك منهما وللشافعي قول آخر انها تقسم بينهما كما لو أقربها لهما وهذا الذي حكاه ابن المنذر عن ابن ابي ليلى وهو قول ابي حنيفة وصاحبيه فيما حكي عنهم قالوا ويضمن المودع نصفها لكل واحد منهما لانه فوت مااستودع بجهله

مجراه ، وان كان السفر للنزهة ففيه وجهان (أحدهما) يدفع اليه لانه غير معصية (والثاني) لايدفع اليه لانه لاحاجة به الى هذا السفر. ويقوى عندي انه لايجوز الدفع للسفر الى غير بلده لانه لو جاز ذلك لجاز للمنشىء للسفر من بلده ولان هذا السفر ان كان لجهاد فهو يأخذ له من سهم سبيل الله وان كان حجا فغيره أهم منه ،واذا لم يجز الدفع في هذين نفي غيرهما أولى وانما ورد الشرع بالدفع اليه للرجوع الى بلده لانه أمر تدعو حاجته اليه ولا غنى به عنه فلا يجوز الحاق غيره به لانه ليس في معناه فلا يجوز قياسه عليه ولا نص فيه فلا يثبت جوازه لعدم النص والقياس

(فصل) واذا ادعى الرجل انه ابن سبيل ولم يعرف ذلك لم يقبل إلا ببينة ،وان ادعى الحاجة ولم يكن عرف له مال في مكانه الذي هو به قبل قوله من غير بينة لان الاصل عدمه معه وان عرف له مال في مكانه لم تقبل دعواه الفقر الا ببينة كما لو ادعى إنسان المسكنة

(فصل) وجملة من يأخذ مع الغنى خمسة: العامل والمؤلف قلبه والغازي والغارم لاصلاح ذات البين وابن السبيل الذي له اليسار في بلده . وخمسة لا يعطون الا مع الحاجة :الفقير والمسكين والمكاتب والغارم لمصلحة نفسه في مباح وابن السبيل . وأربعة يأخذون أخذاً مستقراً لا يلزمهم رد شيء بحال :الفقير والمسكين والعامل والمؤلف ،وأربعة يأخذون أخذاً غير مستقر : المكاتب والغارم والغازي وابن السبيل

(فصل) ومن سافر لمعصية فأراد الرجوع الى بلده لم يدفع اليه مالم يتب فان تاب احتمل جواز الدفع اليه لان رجوعه ليس بمعصية فأشبه رجوع غيره بل ربما كان رجوعه الى بلده تركا للمعصية واقلاعا عنها كالعاق يريد الرجوع الى أبويه والفار من غريمه أو امرأته يريد الرجوع اليهما ويحتمل أن لا يدفع اليه لان سبب ذلك المعصية فأشبه الغارم في المعصية

﴿ مسئلة ﴾ قال (وليس عليه أن يعطي لكل هؤلاء الاصناف وان كانوا موجودين إنما عليه أن لا يجاوزهم)

وذلك لان الآية انما سيقت لبيان من يجوز الصرف اليه لا لايجاب الصرف الى الجميع بدليل أنه لا يجب تعميم كل صنف بها . وقد ذكر الله تعالى في آية أخرى صرفها الى صنف واحد فقال سبحانه (ان تبدوا الصدقات فنعما هي ، وان تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم) وقال النبي ﷺ لمعاذ حين بعثه الى اليمن «أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم» متفق عليه فلم يذكر في الآية ولا في الخبر الا صنفا واحداً وقال النبي ﷺ لقبيصة حين تحمل حمالة «أقم

ولنا أنهما تساويا في الحق فيما ليس بايديهما فوجب ان يقرع بينهما كالعبدين اذا اعتقهما في مرضه فلم يخرج من الثلث الا احدهما او كما لو أراد السفر باحدى نسائه،وقول ابي حنيفة لايصح فان

ياقبيصة حتى تأتينا الصدقة فنأمرلك بها» فذكر دفعها الى صنف وهو من الغارمين وأمر بني زريق بدفع صدقتهم الى سلمة بن صخر وهو شخص واحد رواه أبو داود ، وبعث اليه علي رضي الله عنه بذهيبة في تربتها فقسمها بين المؤلفة قلوبهم وهم صنف واحد ، والآثار في هـذا كثيرة تدل على أن النبي ﷺ لم يكن يعتقد في كل صدقة ثابتة دفعها الى جميع الاصناف ولا تعميمهم بها بل كان يدفعها الى من تيسر من أهلها وهذا هو اللائق بحكمة الشرع وحسنه إذ غير جائز أن يكلف الله سبحانه من وجبت عليه شاة أو صاع من البر أو نصف مثقال أو خمسة دراهم دفعها الى ثمانية عشر نفسا أو أحد وعشرين أو أربعة وعشرين نفسا من ثمانية أصناف لـكل ثلاثة منهم ثمنها، والغالب تعذر وجودهم في الاقليم العظيم وعجز السلطان عن ايصال مال بيت المال مع كثرته اليهم على هذا الوجه فكيف يكلف الله تعالى كل من وجبت عليه زكاة جمعهم واعطاءهم وهو سبحانه القائل (وما جعل عليكم في الدين من حرج) وقال (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) وقال (لا يكلف الله نفسا الا وسعها) وأظن من قال بوجوب دفعها على هذا الوجه انما يقوله بلسانه ولا يقدر على فعله وما بلغنا أن النبي ﷺ فعل هذا في صدقة من الصدقات ولا أحداً من خلفائه ولا من صحابته ولا غيرهم ولو كان هذا هو الواجب في الشريعة المطهرة لما أغفلوه ، ولو فعلوه مع مشقته لنقل وما أهمل اذ لا يجوز على أهل التواتر إهمال نقل ماتدعو الحاجة الى نقله سيما مع كثرة من تجب عليه الزكاة ووجود ذلك في كل زمان وفي كل مصر وبلد وهذا أمر ظاهر وقد سبقت هذه المسئلة والكلام فيها فيما تقدم

(فصل) ويستحب تفريقها على ما أمكن من الاصناف ليخرج من الخلاف وتعميم من أمكن من كل صنف فان كان المتولي لتفريقها الساعي استحب إحصاء أهل السهمان من عمله حتى يكون فراغه من قبض الصدقات بعد تناهي أسمائهم وأنسابهم وحاجاتهم وقدر كفاياتهم لتكون تفرقته عقيب جمع الصدقة ، ويبدأ باعطاء العامل لانه يأخذه على طريق المعاوضة فـكان استحقاقه أقوى ولذلك إذا عجزت الصدقة عن أجره تمم له من بيت المال ولان ما يأخذه أجرا وقد قال النبي ﷺ « اعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه » ثم بالاهم فالاهم وأهمهم أشد حاجة ، فان كانت الصدقة تفي بحاجة جميعهم أعطي كل إنسان منهم قدر مايدفع به حاجته، فيعطي الفقير ما يغنيه وهو ما تحصل له به الكفاية في عامه ذلك له ولعياله ، ويعطى المسكين ماتتم به الكفاية إلا أن يعطيه من الذهب أو الورق ففيه روايتان احداهما يعطيه ماتتم به الكفاية والثانية لايزيد على خمسين درهما أو قيمتها من الذهب إلا أن يكون له عيال فيدفع اليه لـكل واحد منهم خمسين درهما ويدفع إلى العامل قدر أجره وإلى الغارم مايقضي به غرمه وإلى المكاتب ما يوفي به كتابته والغازي يعطى ما يحتاج اليه لمؤنة غزوه ، وابن السبيل مايبلغه إلى بلده وان نقصت

العين لم تتلف ولو تلف بغير تفريط منه فلا ضمان عليه وليس في جهله تفريط اذ ليس في وسعه أن لاينسى ولا يجهل .

الصدقة عن كفايتهم فرق فيهم على حسب ما يرى، ويستحب أن لا ينقص من كل صنف عن أقل من ثلاثة لانهم أقل الجمع الا العامل فانه يكون واحداً، وإن فضلت الصدقة عن كفايتهم نقل الفاضل الى أقرب البلاد اليه، وإن كان المتولي لتفريقها ربها فيستحب أن يبدأ بأهلها من أهله ويفرقها في الاهم فالأهم وهو من اشتدت حاجته وقرب منه نسبه ويعطي من أمكنه

(فصل) وإن اجتمع في واحد سببان يجوز الاخذ بكل واحد منهما منفرداً كالفقير الغارم أعطي بهما جميعا فيعطي ما يقضي غرمه ثم يعطى ما يغنيه لان الشخص الذي فيه المعنيان كشخصين وجد في كل واحد منهما أحد المعنيين فيستحق بهما كالميراث لابن عم هو زوج أو أخ من أم ولو أوصى لقرابته وللفقراء استحق القريب الفقير سهمين

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يعطي من الصدقة لبني هاشم)

ولا لمواليهم ولا للوالدين وإن علوا ولا للولد وإن سفل ولا للزوج ولا للزوجة ولا لمن تلزمه مؤنته ولا لكافر ولا لمملوك الا أن يكونوا من العاملين عليها فيعطون بحق ما عملوا ولا لغني وهو الذي يملك خمسين درهما أو قيمتها من الذهب. هذه المسائل قد تكررت وذكرنا شرحها في باب الزكاة بما أغنى عن اعادته ههنا

﴿مسئلة﴾ قال (واذا تولى الرجل اخراج زكاته سقط العاملون)

وذلك لان العامل انما يأخذ أجر عمالته فاذا أخرج الرجل زكاة نفسه لم يكن ثم عامل عليها ولا من يستحق أجراً فيسقط سهمه والله أعلم

(فصل في جوائز السلطان)

كان الامام أبو عبد الله رحمة الله عليه يتورع عنها ويمنع بنيه وعمه من أخذها وهجرهم حين قبلوها وسد الابواب بينه وبينهم حين أخذوها ولم يكن يأكل من بيوتهم شيئا ولا ينتفع بشيء يصنع عندهم وأمرهم بالصدقة بما أخذوه، وانما فعل ذلك لان أموالهم تختلط بما يأخذونه من الحرام من الظلم وغيره فيصير شبهة وقد قال النبي ﷺ « الحلال بين والحرام بين » وبين ذلك أمور مشتبهات لا يعلمها كثير من الناس فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه، ومن واقع الشبهات أوشك أن يقع في الحرام

﴿مسئلة﴾ (وان اودعه اثنان مكيلا أو موزونا فطلب احدهما نصيبه سلمه اليه) لان قسمته ممكنة بغير غبن ولا ضرر اختاره أبو الخطاب وفيه وجه آخر انه لا يجوز في غيبة الشريك الا أن يحكم بها حاكم قاله القاضي

﴿مسئلة﴾ (وان غصبت الوديعة فهل للمودع المطالبة بها؟ على وجهين) (احدهما) له المطالبة بها لانه

كالراتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه » وقال النبي ﷺ « دع مايريبك الى مالا يريبك » واحتج أحمد بأن جماعة من الصحابة تنزهوا عن مال السلطان ، منهم حذيفة وأبو عبيدة ومعاذ وأبو هريرة وابن عمر، ولم ير أبو عبد الله ذلك حراما فانه سئل فقيل له مال السلطان حرام ؟ فقال لا ، وأحب إلي أن يتنزه عنه ، وفي رواية قال ليس أحد من المسلمين الا وله في هذه الدراهم حق فكيف أقول انها سحت وقد كان الحسن والحسين وعبد الله بن جعفر وكثير من الصحابة يقبلون جوائز معاوية

وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال لا بأس بجوائز السلطان ما يعطيكم من الحلال أكثر مما يعطيكم من الحرام ، وقال لا تسأل السلطان شيئا فان أعطاك فخذ فان ما في بيت المال من الحلال أكثر مما فيه من الحرام

وروى عمر بن شبة البحتري في كتاب القضاء أن الحسن وابن سيرين والشعبي دخلوا على عمر ابن هبيرة فأمر لكل واحد منهم بألف درهم ألف درهم وأمر للحسن بألفي درهم فقبض الحسن جائزته وأبى ابن سيرين أن يقبض فقال لابن سيرين مالك لا تقبض؟ قال حتى يعم الناس فقال الحسن الله لو عرض لك ولي لص فأخذ ردائي ورداءك ثم بدا له أن يرد علي ردائي كنت أقول لا أقبل ردائي حتى ترد على ابن سيرين رداءه؟ كنت أحب أن تكون أفقه مما أنت يا ابن سيرين ولأن جوائز السلطان لها وجه في الاباحة والتحليل فان له جهات كثيرة من الفيء والصدقة وغيرهما

(فصل) قال أحمد جوائز السلطان أحب إلي من الصدقة يعني أن الصدقة أوساخ الناس صين عنها النبي ﷺ وآله لدناءتها ولم يصانوا عن جوائز السلطان ، وسئل أحمد عن عامل السلطان فربح ألفا وآخر أجازه السلطان بألف أيهما أحب اليك ؟ قال الجائزة وذلك لان الذي يربح عليه ألفا لا يربحها في الغالب الا بنوع من التدليس والغبن الفاحش والجائزة عطاء من الامام برضاه لا تدليس فيها ولا غبن ، وقال أحمد اذا كان بينك وبين السلطان رجل يعني فهو أحب إلي من أخذه منه وذلك لان الوسائط كلما كثرت قربت الى الحل لانها مع البعد تتبدل وتحصل فيها أسباب مبيحة والله أعلم

مأمور بحفظها وذلك من حفظها (والثاني) ليس له ذلك لأنه لم يؤمر به ولا ضمان على المودع سواء أخذت من يده قهرا أو اكره على تسليمها فسلمها بنفسه لان الاكراه عذر له يبيح دفعها فلم يضمنها كالو أخذت من يده قهرا والله سبحانه وتعالى اعلم



بسم الله الرحمن الرحيم وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت

﴿ كتاب النكاح ﴾

النكاح في الشرع هو عقد التزويج فعند اطلاق لفظه ينصرف اليه مالم يصرفه عنه دليل ، وقال القاضي الاشبه بأصلنا أنه حقيقة في العقد والوطء جميعا لقولنا بتحريم موطوءة الاب من غير تزويج لدخوله في قوله تعالى (ولا تنكحوا مانكح آباؤكم من النساء) وقيل بل هو حقيقة في الوطء مجاز في العقد تقول العرب انكحنا الفرى فسترى أي اضربنا فحل حمر الوحش أمه فسترى مايتولد منهما يضرب مثلا للامر يجتمعون عليه ثم يتفرقون عنه . وقال الشاعر

ومن أيم قد أنكحتنا رماحنا وأخرى على خال وعم تلهف

والصحيح ماقلنا لان الاشهر استعمال لفظة النكاح بازاء العقد في الكتاب والسنة ولسان أهل العرف ، وقد قيل ليس في الكتاب لفظ نكاح بمعنى الوطء الا قوله (حتى تنكح زوجا غيره) ولانه يصح نفيه عن الوطء فيقال هذا سفاح وليس بنكاح ويروى عن النبي ﷺ أنه قال « ولدت من نكاح لامن سفاح » ويقال عن السرية ليست بزوجة ولا منكوحة، ولان النكاح أحد اللفظين اللذين ينعقد بهما عقد النكاح فكان حقيقة فيه كاللفظ الآخر وماذكره القاضي يفضي الى كون اللفظ مشتركا وهو على خلاف الاصل وماذكره الآخرون يدل على الاستعمال في الجملة والاستعمال فيما قلنا أكثر وأشهر ، ثم لوقدر كونه مجازا في العقد لكان اسما عرفيا يجب صرف اللفظ عند الاطلاق اليه لشهرته كسائر الاسماء العرفية

﴿ كتاب النكاح ﴾

النكاح في الشرع عقد التزويج فعند اطلاق لفظه ينصرف اليه ما لم يصرفه عنه دليل وقال القاضي الاشبه بأصلنا أنه حقيقة في العقد والوطء جميعاً لقولنا بتحريم موطوأة الاب من غير تزويج استدلالا بقوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) وقيل بل هو حقيقة في الوطء مجاز في العقد تقول العرب أنكحنا الفرى فسترى أي اضربنا فحل حمر الوحش امه فسترى ما يتولد منهما يضرب مثلا للامر يجتمعون عليه ثم يتفرقون عنه قال الشاعر :

ومن أيم قد انكحتنا رماحها وأخرى على خال وعم تلهف

قال شيخنا والصحيح ما قلنا لان الاشهر استعمال لفظة النكاح بازاء العقد في الكتاب والسنة ولسان أهل العرف وقد قيل ليس في الكتاب لفظة نكاح بمعنى الوطء الا قوله (حتى تنكح زوجاً غيره) ولانه

(فصل) والاصل في مشروعية النكاح الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (فانكحوا) ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع) الآية وقوله (وأنكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم) وأما السنة فقول النبي ﷺ « يامعشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فانه أغض للبصر وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فليصم فان الصوم له وجاء » متفق عليه في آي وأخبار سوى ذلك كثيرة ، وأجمع المسلمون على أن النكاح مشروع ، واختلف أصحابنا في وجوبه فالمشهور في المذهب أنه ليس بواجب الا أن يخاف أحد على نفسه الوقوع في محظور بتركه فيلزمه اعفاف نفسه ، وهذا قول عامة الفقهاء ، وقال ابو بكر بن عبدالعزيز هو واجب وحكاه عن أحمد وحكي عن داود أنه يجب في العمر مرة واحدة للآية والخبر

ولنا أن الله تعالى حين أمر به علقه على الاستطابة بقوله (فانكحوا ماطاب لكم من النساء) والواجب لا يقف على الاستطابة وقال (مثنى وثلاث ورباع) ولا يجب ذلك بالاتفاق فيدل على أن المراد بالامر الندب وكذلك الخبر يحمل على الندب أو على من يخشى على نفسه الوقوع في المحذور بترك النكاح قال القاضي وعلى هذا يحمل كلام احمد وأبي بكر في إيجاب النكاح

(فصل) والناس في النكاح على ثلاثة أضرب : منهم من يخاف على نفسه الوقوع في المحظور ان ترك النكاح فهذا يجب عليه النكاح في قول عامة الفقهاء لانه يلزمه اعفاف نفسه وصونها عن الحرام وطريقه النكاح (الثاني) من يستحب له وهو من له شهوة يأمن معها الوقوع في محظور فهذا الاشتغال به أولى من التخلي لنوافل العبادة وهو قول أصحاب الرأي وهو ظاهر قول الصحابة رضي الله عنهم

يصح نفيه عن الوطء لانه يقال هذا سفاح وليس بنكاح وروي عن النبي ﷺ أنه قال « ولدت من نكاح لا من سفاح » ويقال عن السرية ليست بزوجة ولا منكوحة ولان النكاح أحد اللفظين اللذين ينعقد بهما عقد النكاح فكان حقيقة فيه كاللفظ الآخر وما ذكره القاضي يفضي الى كون اللفظ مشتركا وهو على خلاف الاصل وما ذكره الآخرون يدل على الاستعمال في الجملة والاستعمال فيما قلنا أكثر وأشهر ثم لو قدر كونه مجازاً في العقد لكان اسما عرفياً يجب صرف اللفظ اليه عند الاطلاق لشهرته كسائر الاسماء العرفية

(فصل) والاصل في مشروعيته الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) وقوله (وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم) وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فانه أغض للبصر وأحصن للفرج.ومن لم يستطع فعليه بالصوم فانه له وجاء » متفق عليه وقال عليه السلام « اني أتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني » وقال سعد رد رسول الله صلى الله عليه وسلم على عثمان بن مظعون التبتل ولو أذن له لاختصينا متفق عليه والتبتل ترك النكاح . وأجمع المسلمون على أن النكاح مشروع

وفعلهم . قال ابن مسعود لو لم يبق من أجلي الا عشرة أيام وأعلم اني أموت في آخرها يوما ولي طول النكاح فيهن لتزوجت مخافة الفتنة .

وقال ابن عباس لسعيد بن جبير : تزوج فان خير هذه الامة أكثرها نساء. وقال ابراهيم بن ميسرة قال لي طاوس لتنكحن أو لأقولن لك ماقال عمر لأبي الزوائد مايمنعك عن النكاح الا عجز أو فجور . قال أحمد في رواية المروذي ليست العزبة من أمر الاسلام في شيء وقال من دعاك الى غير التزويج فقد دعاك الى غير الاسلام ولو تزوج بشر كان قد تم أمره

وقال الشافعي التخلي لعبادة الله تعالى أفضل لان الله تعالى مدح يحيى عليه السلام بقوله (وسيداً وحصورا) والحصور الذي لا يأتي النساء فلو كان النكاح أفضل لما مدح بتركه . وقال تعالى (زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين) وهذا في معرض الذم . ولانه عقد معاوضة فكان الاشتغال بالعبادة أفضل منه كالبيع

ولنا ما تقدم من أمر الله تعالى به ورسوله وحثهما عليه ، وقال ﷺ « ولكني أصوم وأفطر وأصلي وأرقد وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني » وقال سعد لقد رد النبي ﷺ على عثمان بن مظعون التبتل ولو أحله له لاختصينا . متفق عليهما . وعن أنس قال كان النبي ﷺ يأمرنا بالباءة وينهى عن التبتل نهيا شديداً ويقول « تزوجوا الودود الولود فاني مكاثر بكم الامم يوم القيامة » رواه سعيد . وهذا حث على النكاح شديد ووعيد على تركه يقربه الى الوجوب والتخلي منه الى التحريم ، ولو كان التخلي أفضل لانعكس الامر ؛ ولان النبي ﷺ تزوج وبالغ في العدد وفعل ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (والنكاح سنة لما ذكرنا من أدلة الكتاب والسنة وأدناها الاستحباب)

﴿ مسئلة ﴾ (والاشتغال به أفضل من التخلي لنوافل العبادة الا أن يخاف على نفسه مواقعة المحظور بتركه فيجب)

الناس في النكاح على ثلاثة أضرب (أحدها) من يخاف على نفسه مواقعة المحظور ان ترك النكاح فهذا يجب عليه في قول عامة الفقهاء لانه يلزمه اعفاف نفسه وصرفها عن الحرام وطريقه النكاح (الثاني) من يستحب له وهو من له شهوة يأمن معها الوقوع في محظور فهذا الاشتغال به أفضل من التخلي لنوافل العبادة وهو قول أصحاب الرأي وظاهر أقوال الصحابة رضي الله عنهم وفعلهم قال ابن مسعود لو لم يبق من أجلي الا عشرة أيام وأعلم أني أموت في آخرها يوماً لي فيهن طول النكاح لتزوجت مخافة الفتنة ، قال ابن عباس لسعيد بن جبير تزوج فان خير هذه الامة أكثرها نساء ، وقال ابراهيم بن ميسرة قال لي طاوس لتنكحن أو لأقولن لك ما قال عمر لابي الزوائد ما يمنعك عن النكاح الا عجز أو فجور قال أحمد في رواية المروذي ليست العزبة من أمر الاسلام في شيء ومن دعا الى غير التزويج فقد دعا الى غير الاسلام ولو تزوج بشر كان قد تم أمره . وقال الشافعي التخلي لعبادة الله أفضل لان الله تعالى مدح

أصحابه ولا يشتغل النبي ﷺ وأصحابه إلا بالافضل ولا تجتمع الصحابة على ترك الافضل والاشتغال بالادنى . ومن العجب أن من يفضل التخلي لم يفعله فكيف اجتمعوا على النكاح في فعله وخالفوه في فضله فما كان فيهم من يتبع الافضل عنده ويعمل بالادنى ، ولان مصالح النكاح أكثر فانه يشتمل على تحصين الدين وإحرازه وتحصين المرأة وحفظها والقيام بها وإيجاد النسل وتكثير الامة وتحقيق مباهاة النبي ﷺ وغير ذلك من المصالح الراجح أحدها على نفل العبادة بمجموعها أولى

وقد روينا في أخبار المتقدمين ان قوما ذكروا لنبي لهم فضل عابد لهم فقال أما انه لتارك لشيء من السنة فبلغ العابد فأتى النبي فسأله عن ذلك فقال انك تركت التزويج فقال يانبي الله وما هو إلا هذا فلما رأى النبي احتقاره لذلك قال أرأيت لو ترك الناس كلهم التزويج من كان يقوم بالجهاد وينفي العدو ويقوم بفرائض الله وحدوده؟ وأما ماذكر عن يحيى فهو شرعه وشرعنا وارد بخلافه فهو أولى . والبيع لا يشتمل على مصالح النكاح ولا يقاربها

(القسم الثالث) من لاشهوة له إما لانه لم يخلق له شهوة كالعنين أو كانت له شهوة فذهبت بكبر أو مرض ونحوه ففيه وجهان (أحدهما) يستحب له النكاح لعموم ماذكرنا (والثاني) التخلي له أفضل لانه لا يحصل مصالح النكاح ويمنع زوجته من التحصين بغيره ويضر بها بحبسها على نفسه ويعرض نفسه لواجبات وحقوق لعله لايتمكن من القيام بها ويشتغل عن العلم والعبادة بما لا فائدة فيه . والاخبار تحمل على من له شهوة لما فيها من القرائن الدالة عليها . وظاهر كلام أحمد انه لا فرق بين القادر على الانفاق والعاجز عنه وقال ويذ في الرجل أن يتزوج فان كان عنده ماينفق أنفق وان لم يكن عنده صبر

يحيى عليه السلام بقوله تعالى (وسيداً وحصوراً) والحصور الذي لا يأتي النساء فلو كان النكاح أفضل لما مدح بتركه وقال تعالى (زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين) وهذا في معرض الذم ولانه عقد معاوضة فكان الاشتغال بالعبادة أفضل منه كالبيع

ولنا ما تقدم من أمر الله ورسوله به وحثهما عليه وقوله عليه الصلاة والسلام « لكني أصوم وأفطر وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني » وقول سعد : لقد رد النبي صلى الله عليه وسلم على عثمان بن مظعون التبتل ولو أحله له لاختصينا متفق عليهما وعن أنس قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمر بالباءة وينهى عن التبتل نهياً شديداً ويقول « تزوجوا الودود الولود فاني مكاثر بكم الامم يوم القيامة » رواه سعيد وهذا حث على النكاح شديد ووعيد على تركه يقربه الى الوجوب والتخلي منه الى التحريم، ولو كان التخلي افضل لانعكست الاحكام ولان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج وبالغ في العدد وفعل ذلك اصحابه ولا يشتغل النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه الا بالافضل ولا يجتمع الصحابة على ترك الافضل والاشتغال بالادنى، ومن العجب ان من يفضل التخلي لم يفعله فكيف اجمعوا على النكاح في فعله وخالفوا في فضله فما كان فيهم من يتبع الافضل عنده ويعمل

ولو تزوج بشر كان قد تم أمره واحتج بأن النبي ﷺ كان يصبح وما عنده شيء ويمسي وما عنده شيء وأن النبي ﷺ زوج رجلا لم يقدر الا على خاتم حديد ولا وجد الا ازاره ولم يكن له رداء . أخرجه البخاري : قال أحمد في رجل قليل الكسب يضعف قلبه عن العيال: الله يرزقهم، التزويج أحصن له ربما أتى عليه وقت لا يملك قلبه فيه . وهذا في حق من يمكنه التزويج فأما من لا يمكنه فقد قال الله تعالى (وليستعفف الذين لا يجدون نكاحا حتى يغنيهم الله من فضله)

(مسألة) قال (ولا نكاح إلا بولي وشاهدين من المسلمين)

في هذه المسألة أربعة فصول (أحدها) ان النكاح لا يصح الا بولي ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها ولا توكيل غير وليها في تزويجها فان فعلت لم يصح النكاح روي هذا عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة رضي الله عنهم واليه ذهب سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد والثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وابن المبارك وعبيد الله العنبري والشافعي واسحاق وأبو عبيد . وروي عن ابن سيرين والقاسم بن محمد والحسن بن صالح وأبي صالح وأبي يوسف لا يجوز لها ذلك بغير إذن الولي فان فعلت كان موقوفا على اجازته

وقال أبو حنيفة لها أن تزوج نفسها وغيرها وتوكل في النكاح لان الله تعالى قال [ولا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن] أضاف النكاح اليهن ونهى عن منعهن منه ولانه خالص حقها وهي من أهل

بالاولى ولان مصالح النكاح أكثر فانه يشتمل على تحصين الدين واحرازه وتحصين المرأة وحفظها والقيام بها وايجاد النسل وتكثير الامة وتحقيق مباهاة النبي صلى الله عليه وسلم وغير ذلك من المصالح الراجح احدها على نفل العبادة فمجموعها اولى وقد روينا في اخبار المتقدمين ان قوما ذكروا لنبي لهم فضل عابد لهم فقال اما انه لتارك لشيء من السنة فبلغ العابد فأتى فسأله عن ذلك فقال إنك تركت التزويج فقال يا نبي الله وما هو الا هذا ؟ فلما رأى النبي احتقاره لذلك قال أرأيت لو ترك الناس كلهم التزويج من كان يقوم بالجهاد وينفي العدو أو يقوم بفرائض الله وحدوده وأما ماذكر عن يحيى فهو شرعه وشرعنا بخلافه فهو اولى والبيع لا يشتمل على مصالح النكاح ولا يقاربها (القسم الثالث) من لا شهوة له أما لانه لا شهوة له كالعنين او ذهبت شهوته لمرض أو كبر ونحوه ففيه وجهان (احدهما) يستحب له النكاح لما ذكرنا (والثاني) التخلي له افضل فانه لا يحصل مصالح النكاح ويمنع زوجته من التحصين بغيره ويضر بها بحبسها عن نفسه ويعرض نفسه لواجبات وحقوق ولعله لا يقوم بها ويشتغل عن العلم والعبادة بما لا فائدة فيه والاخبار تحمل على من له شهوة لما فيها من القرائن الدالة عليها

(فصل) وظاهر كلام احمد انه لا فرق بين القادر على الانفاق والعاجز عنه فانه قال ينبغي للرجل

المباشرة فصح منها كبيع أمتها ولأنها إذا ملكت بيع أمتها وهو تصرف في رقبتها وسائر منافعها ففي النكاح الذي هو عقد على بعض منافعها أولى

ولنا أن النبي ﷺ قال « لا نكاح الا بولي » روته عائشة وابو موسى وابن عباس ، قال المروذي سألت احمد ويحيى عن حديث « لا نكاح الا بولي » فقالا صحيح

وروي عن عائشة عن النبي ﷺ أنه قال « ايما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل فان أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » رواه الامام احمد وابو داود وغيرهما فان قيل فان الزهري رواه وقد أنكره ، قال ابن جريج سألت الزهري عنه فلم يعرفه قلنا لم يقل هذا عن ابن جريج غير ابن علية كذلك قال الامام أحمد ويحيى ولو ثبت هذا لم يكن حجة لانه قد نقله ثقات عنه فلو نسيه الزهري لم يضره لان النسيان لم يعصم منه انسان . قال النبي ﷺ « نسي آدم فنسيت ذريته » ولانها مولى عليها في النكاح فلا تليه كالصغيرة وأما الآية فان عضلها الامتناع من تزويجها وهذا يدل على أن نكاحها الى الولي ويدل عليه أنها نزلت في شأن معقل بن يسار حين امتنع من تزويج أخته فدعاه النبي ﷺ فزوجها وأضافه اليها لانها محل له . اذا ثبت هذا فانه لا يجوز لها تزويج أحد ، وعن احمد لها تزويج أمتها وهذا يدل على صحة عبارتها في النكاح فيخرج منه أن لها تزويج نفسها باذن وليها وتزويج غيرها بالوكالة وهو مذهب محمد بن الحسن وينبغي أن يكون قولا لابن سيرين ومن معه لقول النبي ﷺ « أيما امرأة زوجت نفسها بغير اذن

ان يتزوج فان كان عنده ما ينفق انفق وان لم يكن عنده صبر ولو تزوج بشر كان قد تم امره واحتج بان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصبح وما عندهم شيء ويمسي وما عندهم شيء ولان النبي صلى الله عليه وسلم زوج رجلا لم يقدر الا على خاتم حديد ولا وجد الا ازاره ولم يكن له رداء اخرجه البخاري قال احمد في رجل قليل الكسب يضعف قلبه عن العيال الله يرزقهم ، التزويج احصن له ربما اتي عليه وقت لا يمكن قلبه الصبر وهذا في حق من يمكنه التزويج فاما من لا يمكنه فقد قال الله تعالى (وليستعفف الذين لا يجدون نكاحاً حتى يغنيهم الله من فضله)

﴿ مسئلة ﴾ (وعن احمد ان النكاح واجب على الاطلاق) اختاره ابو بكر عبد العزيز وحكاه عن احمد وحكي عن احمد انه يجب في العمر مرة للآية والخبر والمشهور في المذهب انه ليس بواجب الا ان يخاف على نفسه الوقوع في محظور بتركه فيلزمه أعفاف نفسه وهو قول أكثر الفقهاء لان الله تعالى حين امر به علقه على الاستطاعة بقوله (فانكحوا ماطاب لكم من النساء)والواجب لا يقف على الاستطاعة (وقال مثنى وثلاث ورباع)ولا يجب ذلك بالاتفاق فدل على أن المراد بالامر الندب وكذلك الخبر يحمل على الندب او على من يخشى على نفسه الوقوع في المحظور بترك النكاح قال القاضي وعلى هذا يحمل كلام احمد وابي بكر في ايجاب النكاح والله أعلم

وليها فنكاحها باطل » فمفهومه صحته باذنه ، ولان المرأة انما منعت الاستقلال بالنكاح لقصور عقلها فلا يؤمن انخداعها ووقوعه منها على وجه المفسدة وهذا مأمون فيما اذا أذن فيه وليها والصحيح الاول لعموم قوله « لانكاح الا بولي » وهذا يقدم على دليل الخطاب والتخصيص ههنا خرج مخرج الغالب فان الغالب أنها لاتزوج نفسها الا بغير اذن وليها والعلة في منعها صيانتها عن مباشرة مايشعر بوقاحتها ورعونتها وميلها الى الرجال وذلك ينافي حال أهل الصيانة والمروءة والله أعلم

(فصل) فان حكم بصحة هذا العقد حاكم أو كان المتولي لعقده حاكما لم يجز نقضه وكذلك سائر الانكحة الفاسدة ، وخرج القاضي في هذا وجها خاصة أنه ينقض ، وهو قول الاصطخري من أصحاب الشافعي لانه خالف نصا والاول أولى ، لانها مسئلة مختلف فيها ويسوغ فيها الاجتهاد فلم يجز نقض الحكم كما لو حكم بالشفعة للجار وهذا النص متأول وفي صحته كلام وقد عارضه ظواهر (الفصل الثاني) أن النكاح لا ينعقد إلا بشاهدين ، هذا المشهور عن احمد ، وروي ذلك عن عمر وعلي وهو قول ابن عباس وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد والحسن والنخعي وقتادة والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي . وعن احمد أنه يصح بغير شهود وفعله ابن عمر والحسن بن علي وابن الزبير وسالم وحمزة ابنا ابن عمر ، وبه قال عبدالله بن ادريس وعبدالرحمن بن مهدي ويزيد بن هارون والعنبري وأبو ثور وابن المنذر وهو قول الزهري ومالك إذا أعلنوه .

قال ابن المنذر لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر ، وقال ابن عبد البر قد روي عن النبي ﷺ « لا نكاح إلا بولي وشاهدين عدلين » من حديث بن عباس وأبي هريرة وابن عمر إلا أن في نقله ذلك ضعيفا فلم أذكره

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب تخير ذات الدين الولود البكر الحسيبة الاجنبية)

لقول النبي ﷺ تنكح المرأة لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك » متفق عليه والاولى ان لايزيد على امرأة واحدة ذكره في المحرر لقول الله تعالى (فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة) ولقوله سبحانه (ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم) ويختار الولود لما روى أنس قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول تزوجوا الولود الودود فأني مكاثر بكم الامم يوم القيامة رواه سعيد. وروى معقل بن يسار قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اني أصبت امرأة ذات حسب ومنصب الا انها لاتلد افأتزوجها؟ فنهاه ثم اتاه الثانية فنهاه ثم اتاه الثالثة فقال « تزوجوا الولود الودود فاني مكاثر بكم » رواه النسائي وعن علي بن الحسين ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « يابني هاشم عليكم بنساء الاعاجم فالتمسوا اولادهن فان في ارحامهن البركة » قال ويختار البكر لقول النبي صلى الله عليه وسلم « أتزوجت ياجابر؟ » قال قلت نعم قال « بكراً أم ثيبا » قال قلت بل ثيبا قال « فهلا بكر اتلاعبها وتلاعبك » متفق عليه وعن عطاء عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « عليكم بالابكار فانهن اعذب افواها وانقى ارحاما وارضى باليسير »

قال ابن المنذر : وقد أعتق النبي ﷺ صفية ابنة حي فتزوجها بغير شهود . قال أنس ابن مالك رضي الله عنه : اشترى رسول الله ﷺ جارية بسبعة قروش ، فقال الناس ماندري أتزوجها رسول الله ﷺ أم جعلها أم ولد ؟ فلما أن أراد أن يركب حجبها فعلموا أنه تزوجها متفق عليه ،قال فاستدلوا على تزويجها بالحجاب ؛ وقال يزيد بن هارون : أمر الله تعالى بالاشهاد في البيع دون النكاح فاشترط أصحاب الرأي الشهادة للنكاح ولم يشترطوها للبيع ، ووجه الاولى أنه قد روي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل » رواه الخلال باسناده

وروى الدارقطني عن عائشة عن النبي ﷺ أنه قال لا بد في النكاح من أربعة : الولي والزوج والشاهدان ولانه يتعلق به حق غير المتعاقدين وهو الولد فاشترطت الشهادة فيه لئلا يجحده أبوه فيضيع نسبه بخلاف البيع فأما نكاح النبي ﷺ بغير ولي وغير شهود فمن خصائصه في النكاح فلا يلحق به غيره .

(الفصل الثالث) أنه لا ينعقد إلا بشهادة مسلمين سواء كان الزوجان مسلمين أو الزوج وحده نص عليه أحمد وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة اذا كانت المرأة ذمية صح بشهادة ذميين قال أبو الخطاب ويتخرج لنا مثل ذلك مبنياً على الرواية التي تقول بقبول شهادة بعض أهل الذمة على بعض ولنا قوله عليه السلام لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ولأنه نكاح مسلم فلم ينعقد بشهادة ذميين كنكاح المسلمين

وفي رواية «وافتح ارحاما» رواه الامام احمد ويختار الحسيبة ليكون ولدها نجيبا فانه ربما اشبه اهلها ونزع اليهم وكان يقال اذا أردت ان تتزوج امرأة فانظر الى ابيها واخيها وعن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « تخيروا لنطفكم وانكحوا الاكفاء وانكحوا اليهم » ويختار الاجنبية فان ولدها أنجب ولهذا يقال أغربوا لاتضووا يعني انكحوا الغراب كي لا تضعف اولادكم وقيل الغراب أنجب وبنات العم أصبر ولانه لايؤمن العداوة في النكاح وافضاؤه الى الطلاق واذا كان في قرابة أفضى الى قطيعة الرحم المأمور بصلتها ويختار الجميلة لانه اسكن لنفسه واغض لبصره واكمل لمودته ولذلك شرع النظر قبل النكاح وروي عن محمد بن ابي بكر بن عمرو بن حزم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « انما النساء لعب فاذا اتخذ أحدكم لعبة فليستحسنها » وعن أبي هريرة قال قيل يارسول الله أي النساء خير؟ قال «التي تسره اذا نظر وتطيعه إذا أمر ولاتخالفه في نفسها ولا في ماله بما يكره» رواه الامام أحمد والنسائي وعن يحيى بن جعدة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال «خير فائدة افادها المرء المسلم بعد اسلامه امرأة جميلة تسره اذا نظر اليها وتطيعه اذا أمرها وتحفظه في غيبته في ماله ونفسها» رواه سعيد ويختار ذات العقل ويجتنب الحمقاء لان النكاح يراد للعشرة ولا تصلح العشرة مع الحمقاء ولا يطيب العيش معها وربما تعدي مبها ذلك إلى ولدها وقد قيل اجتنبوا الحمقاء فان ولدها ضياع وصحبتها بلاء

(فصل) فأما الفاسقان ففي انعقاد النكاح بشهادتهما روايتان [إحداهما] لا ينعقد وهو مذهب الشافعي للخبر ولان النكاح لا يثبت بشهادتهما فلم ينعقد بحضورهما كالمجنونين (والثانية) ينعقد بشهادتهما وهو قول أبي حنيفة لانها تحمل فصحت من الفاسق كسائر التحملات وعلى كلتا الروايتين لا يعتبر حقيقة العدالة بل ينعقد بشهادة مستوري الحال لان النكاح يكون في القرى والبادية وبين عامة الناس ممن لا يعرف حقيقة العدالة فاعتبار ذلك يشق فاكتفي بظاهر الحال وكون الشاهد مستوراً لم يظهر فسقه فان تبين بعد العقد أنه كان فاسقا لم يؤثر ذلك في العقد لان الشرط العدالة ظاهرا وهو أن لا يكون ظاهر الفسق وقد تحقق ذلك وقيل تتبين أن النكاح كان فاسداً لعدم الشرط وليس بصحيح لانه لو كانت العدالة في الباطن شرطا لوجب الكشف عنها لانه مع الشك فيها يكون مشكوكا في شرط النكاح فلا ينعقد ولا تحل المرأة مع الشك في صحة نكاحها وان حدث الفسق فيهما لم يؤثر في صحة النكاح لان الشرط إنما يعتبر حالة العقد ولو أقر رجل وامرأة أنهما نكحا بولي وشاهدي عدل قبل قولهما وثبت النكاح باقرارهما

(فصل) ولا ينعقد بشهادة رجل وامرأتين وهذا قول النخعي والاوزاعي والشافعي وعن أحمد أنه قال إذا تزوج بشهادة نسوة لم يجز وان كان معهن رجل فهو أهون فيحتمل أن هذا رواية أخرى في انعقاده بذلك وهو قول أصحاب الرأي ويروى عن الشعبي لانه عقد معاوضة فانعقد بشهادتهن مع الرجال كالبيع

ولنا أن الزهري قال مضت السنة عن رسول الله ﷺ أن لا يجوز شهادة النساء في الحدود

﴿مسئلة﴾ (ويجوز لمن أراد خطبة امرأة النظر الى وجهها من غير خلوة بها)

وعنه له النظر الى ما يظهر غالباً كالرقبة واليدين والقدمين قال شيخنا لا نعلم بين أهل العلم في اباحة النظر الى المرأة لمن أراد نكاحها خلافا لما روى جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «اذا خطب أحدكم المرأة فان استطاع أن ينظر الى مايدعوه الى نكاحها فليفعل» فخطبت امرأة فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها مادعاني الى نكاحها فتزوجتها رواه أبو داود وفيه أحاديث كثيرة سوى هذا ولان النكاح عقد يقتضي التمليك فكان للعاقد النظر الى المعقود عليه كالامة المستامة ولا بأس بالنظر اليها باذنها وغير اذنها لان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالنظر وأطلق ومن حديث جابر فكنت أتخبأ لها وفي حديث المغيرة ابن شعبة أنه استأذن أبويها في النظر اليها فكرهاه فأذنت له المرأة رواه سعيد ولا تجوز الخلوة بها لانها محرمة ولم يرد الشرع بغير النظر فبقيت على التحريم ولانه لا يؤمن مع الخلوة مواقعة المحظور فان النبي ﷺ قال «لا يخلون رجل بامرأة فان ثالثهما الشيطان» ولا ينظر اليها نظر تلذذ وشهوة ولا لريبة قال أحمد في رواية صالح ينظر الى الوجه ولا تكون على طريق لذة وله تكرار النظر اليها وتأمل محاسنها لان المقصود إنما يحصل بذلك

ولا في النكاح ولا في الطلاق رواه أبو عبيد في الاموال وهذا ينصرف إلى سنة النبي ﷺ ولانه عقد ليس بمال ولا المقصود منه المال ويحضره الرجال في غالب الاحوال فلا يثبت بشهادتهن كالحدود وبهذا فارق البيع ويحتمل أن أحمد إنما قال هو أهون لوقوع الخلاف فيه فلا يكون رواية

(فصل) ولا ينعقد بشهادة صبيين لأنهما ليسا من أهل الشهادة ويحتمل أن ينعقد بشهادة مراهقين عاقلين ولا ينعقد بشهادة مجنونين ولا سائر من لا شهادة له لان وجوده كالعدم ولا ينعقد بشهادة أصمين لانهما لا يسمعان ولا أخرسين لعدم امكان الاداء منهما وفي انعقاده بحضور أهل الصنائع الزرية كالحجام ونحوه وجهان بناء على قبول شهادتهم وفي انعقاده بشهادة عدوين أو ابني الزوجين أو أحدهما وجهان (أحدهما) ينعقد اختاره أبو عبدالله بن بطة لعموم قوله «الا بولي وشاهدي عدل» ولانه ينعقد بهما نكاح غير هذا الزوج فانعقد بهما نكاحه كسائر العدول (والثاني) لا ينعقد بشهادتهما لان العدو لا تقبل شهادته على عدوه والابن لا تقبل شهادته لوالده

(فصل) وينعقد بشهادة عبدين، وقال أبو حنيفة والشافعي لا ينعقد، ومبنى الخلاف على قبول شهادتهما في سائر الحقوق ونذكره في موضعه إن شاء الله تعالى، وينعقد بشهادة ضريرين وللشافعية وجهان في ذلك.

ولنا أنها شهادة على قول فصحت من الاعمى كالشهادة بالاستفاضة وإنما ينعقد بشهادتهما اذا تيقن الصوت وعلم صوت المتعاقدين على وجه لا يشك فيهما كما يعلم ذلك من يراهما وإلا فلا

(فصل) وإذا تزوجت المرأة تزويجا فاسداً لم يجز تزويجها لغير من تزوجها حتى يطلقها أو يفسخ

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في اباحة النظر إلى وجهها لانه ليس بعورة وهو مجمع المحاسن وموضع النظر ولا يباح له النظر الى ما يظهر عادة وحكي عن الاوزاعي أنه ينظر الى مواضع اللحم وعن داود أنه ينظر الى جميعها لظاهر قوله عليه السلام «انظر اليها» ولنا قوله تعالى (ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها) روي عن ابن عباس أنه قال هو الوجه وباطن الكف ولان النظر أبيح للحاجة فيختص بما تدعو الحاجة اليه والحديث مطلق ومن نظر الى وجه انسان سمي ناظراً اليه ومن رآه وعليه ثيابه سمي رائياً له قال الله تعالى (وإذا رأيتهم تعجبك أجسامهم) فأما ما يظهر غالباً سوى الوجه والكفين والقدمين ونحو ذلك مما تظهره المرأة في منزلها ففيه روايتان إحداهما لا يباح النظر اليه لأنه عورة فلم يبح النظر اليه كالذى لا يظهر فان عبدالله روى أن النبي ﷺ قال «المرأة عورة» حديث حسن ولان الحاجة تندفع بالنظر الى الوجه فبقي ماعداه على التحريم والثانية له النظر الى ذلك قال أحمد في رواية حنبل لا بأس أن ينظر اليها عند الخطبة حاسرة وقال الشافعي ينظر الى الوجه والكفين ووجه جواز النظر الى مايظهر غالباً أن النبي ﷺ لما أذن في النظر اليها من غير علمها علم أنه أذن في النظر إلى جميع مايظهر غالباً اذ لا يمكن إفراد الوجه بالنظر مع مشاركة غيره له في الظهور ولانه يظهر غالبا

نكاحها وإذا امتنع من طلاقها فسخ الحاكم نكاحه، نص عليه أحمد، وقال الشافعي : لاحاجة الى فسخ ولا طلاق لانه نكاح غير منعقد أشبه النكاح في العدة .

ولنا أنه نكاح يسوغ فيه الاجتهاد فاحتيج في التفريق فيه الى ايقاع فرقة كالصحيح المختلف فيه ولان تزويجها من غير تفريق يفضي إلى تسليط زوجين عليها، كل واحد منهما يعتقد أن نكاحه الصحيح ونكاح الآخر الفاسد ويفارق النكاح الباطل من هذين الوجهين واذا زوجت بآخر قبل التفريق لم يصح الثاني أيضا ولم يجز تزويجها الثالث حتى يطلق الاولان أو يفسخ نكاحهما، ومتى فرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها لانه عقد فاسد لم يتصل به قبض فلم يجب به عوض كالبيع الفاسد وإن كان التفريق بعد الدخول فلها المهر بدليل قوله عليه السلام « فلها المهر بما استحل من فرجها» وان تكرر الوطء فالمهر واحد للحديث ولانه اصابة في عقد فاسد أشبه الاصابة في عقد صحيح .

(فصل) والواجب لها مهر مثلها، أومأ اليه أحمد فانه قال في العبد : يتزوج بغير اذن سيده يعطي شيئاً . قال القاضي يعني مهر المثل وهو ظاهر قول الخرقي لقوله : اذا زوج الوليان فالنكاح للاول منهما فان دخل بها الثاني فلها مهر مثلها وهذا مذهب الشافعي . والمنصوص عن أحمد أن لها المسمى لان في بعض الفاظ حديث عائشة «ولها الذي أعطاها بما أصاب منها»

قال القاضي حدثناه أبو بكر البرقاني وأبو محمد الخلال باسنادهما وقال أبو حنيفة الواجب لاقل من المسمى أو مهر المثل لأنها ان رضيت بدون مهر مثلها فليس لها أكثر منه كالعقد الصحيح وان كان المسمى أكثر لم يجب الزائد لانه بغير عقد صحيح

فأبيح النظر اليه كالوجه ولانها امرأة أبيح له النظر اليها من الشارع فأبيح النظر منها الى ذلك كذوات المحارم وقد روى سعيد عن سفيان عن عمرو بن دينار عن أبي جعفر قال خطب عمر بن الخطاب ابنة علي فذكر منها صغراً فقالوا له انما ردك فعاوده فقال ارسل بها اليك تنظر اليها فرضيها فكشف عن ساقها فقالت ارسل لولا انك أمير المؤمنين للطمت عينك

﴿ مسئلة ﴾ (وله النظر الى ذلك وإلى الرأس والساقين من الامة المستامة ومن ذوات محارمه وعنه لاينظر من ذوات محارمه الا الى الوجه والكفين) يجوز له النظر الى ذلك من الامة المستامة كما يجوز الى من يريد خطبتها قياساً عليها بل الامة المستامة أولى لأنها تراد للاستمتاع وغيره من التجارة فيها وحسنها يزيد في ثمنها فأما ذوات المحارم فيجوز النظر منهن الى مايظهر غالباً كالرقبة والرأس والكفين والقدمين ونحو ذلك وليس له النظر الى مالا يظهر غالباً كالصدر والظهر ونحوهما قال الاثرم سألت أبا عبد الله عن الرجل ينظر الى شعر امرأة أبيه وصدرها قال لامايعجبني ثم قال انا أكره أن ينظر من امه واخته إلى مثل هذا والى كل شيء لشهوة وذكر القاضي أن حكم الرجل مع ذوات محارمه حكم الرجل مع الرجل والمرأة مع المرأة وقال أبو بكر كراهية أحمد النظر الى ساق امه وصدرها

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «فلها المهر بما استحل من فرجها» فجعل لها المهر المسمى بالاصابة والاصابة انما توجب مهر المثل ولان العقد ليس بموجب بدليل الخبر وانه لو طلقها قبل مسها لم يكن لها شيء واذا لم يكن موجبا كان وجوده كعدمه وبقي الوطء موجبا بمفرده فأوجب مهر المثل كوطء الشبهة ولان التسمية لو فسدت لوجب مهر المثل فاذا فسد العقد من أصله كان أولى وقول أبي حنيفة انها رضيت بدون صداقها انما يصح اذا كان العقد هو الموجب وقد بينا أنه انما يجب بالاصابة فيجب مهر المثل كاملا كوطء الشبهة

(فصل) ولا يجب لها بالخلوة شيء في قول أكثر أهل العلم لان النبي ﷺ جعل لها المهر بما استحل من فرجها يعني أصاب ولم يصبها، والمنصوص عن احمد أن المهر يستقر بالخلوة قياسا على العقد الصحيح وبناء على أن الواجب المسمى بالعقد وقد ذكرنا ذلك

(فصل) ولا حد في الوطء في النكاح الفاسد سواء اعتقد حله أو حرمته، وعن احمد ما يدل على أنه يجب الحد بالوطيء في النكاح بلا ولي اذا اعتقد حرمته، وهو اختيار السمرقندي من أصحاب الشافعي لما روي الدار قطني باسناده عن ابي هريرة قال قال رسول الله ﷺ «لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها ان الزانية هي التي تزوج نفسها» وباسناده عن الشعبي قال: ماكان أحد من أصحاب النبي ﷺ أشد في النكاح بغير ولي من علي رضي الله عنه كان يضرب فيه . وروى الشالنجي باسناده عن عكرمة بن خالد أن الطريق جمعت ركبا فيه امرأة ثيب فخطبها

على التوقي لانه يدعو الى الشهوة يعني أنه يكره ولا يحرم ومنع الحسن والشعبي والضحاك النظر الى شعر ذوات المحارم وهو إحدى الروايتين عن أحمد، بنت المهلب قالت قلت للحسن ينظر الرجل الى قرط اخته أو الى عنقها قال لا ولا كرامة وقال لو دخلت على امي لقلت أيتها العجوز غطي شعرك والصحيح اباحة النظر الى ما يظهر غالباً لقول الله تعالى (ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن) الآية وقالت سهلة بن سهيل يارسول الله انا كنا نرى سالماً ولدا فكان يأوي معي ومع أبي حذيفة في بيت واحد ويراني فضلا وقد أنزل الله فيهم ما قد علمت فكيف ترى فيه؟ فقال النبي ﷺ «أرضعيه» فأرضعته خمس رضعات فكان بمنزلة ولدها رواه مسلم بمعناه وأبو دواد وهذا دليل على انه كان ينظر منها الى ما يظهر غالبا فانها قالت يراني فضلا ومعناه في ثياب البذلة التي لا تستر أطرافها قال امرؤ القيس

فجئت وقد نضت لنوم ثيابها لدى الستر إلا لبسة المتفضل

ومثل هذا يظهر منه الاطراف والشعر وكان يراها كذلك اذا اعتقدته ولداً ثم دلهم النبي ﷺ على ما يستديمون به ما كانوا يعتقدونه ويفعلونه وروى الشافعي في مسنده عن زينب بنت أبي مسلمة انها ارتضعت من أسماء امرأة الزبير قالت فكنت أراه أباً وكان يدخل علي وأنا امشط رأسي فيأخذ بعض قرون رأسي ويقول أقبلي علي ولان التحرز من هذا لا يمكن فأبيح كالوجه وما لا يظهر غالباً

رجل فأنكحها رجل وهو غير ولي بصداق وشهود فلما قدموا على عمر رضي الله عنه رفع اليه أمرهما ففرق بينهما وجلد الناكح والمنكح

ولنا أن هذا مختلف في اباحته فلم يجب به الحد كالنكاح بغير شهود ، ولأن الحد يدرأ بالشبهات والاختلاف فيه أقوى الشبهات وتسميتها زانية يجوز بدليل أنه سماها بذلك بمجرد العقد وعمر جلدهما أدبا وتعزيراً ولذلك جلد المنكح ولم يجلد المرأة وجلدها بمجرد العقد مع اعتقادها حله وكذلك حديث علي على أن حديث علي حجة على من أوجب الحد فيه فان عليا أشد الناس فيه وقد انتهى الأمر الى الجلد فدل على أن سائر الناس والصحابة لم يروا فيه جلداً ، فان قيل فقد أوجبتم الحد على شارب النبيذ مع الاختلاف فيه قلنا هو مفارق لمسئلتنا بدليل انا نحد من اعتقد حله ولان يسير النبيذ يدعو إلى كثيره المتفق على تحريمه وهذا المختلف فيه يغني عن الزنا المجمع على تحريمه فافترقا . فاذا ثبت هذا فان من اعتقد حله ليس عليه اثم ولا أدب لانه من مسائل الفروع المختلف فيها ومن اعتقد حرمته ثم وأدب وإن أتت بولد منه لحقه نسبه في الحالين

(فصل) فأما الانكحة الباطلة كنكاح المرأة المزوجة أو المعتدة أو شبهه فاذا علما الحل والتحريم فهما زانيان وعليهما الحد ولا يلحق النسب فيه

(فصل) ويساوى الفاسد الصحيح في اللعان اذا كان بينهما ولد يريد نفيه عنه لكون النسب لاحقا به فان لم يكن ولد فلا لعان بينهما لعدم الحاجة اليه وتجب العدة بالخلوة فيه وعدة الوفاة بالموت فيه والاحداد وكل ذلك احتياطا لها. ويفارق الصحيح في أنه لا يثبت التوارث ولا تحصل به الاباحة للمزوج ولا تحل للزوج المطلق ثلاثا بالوطء فيه ولا يحصل الاحصان بالوطء فيه ولا يثبت حكم الايلاء باليمين فيه ولا يحرم الطلاق فيه في زمن الحيض

لا يباح لان الحاجة لاتدعو اليه ولا تؤمن معه الشهوة ومواقعة المحظور فحرم النظر اليه كما تحت السرة

(فصل) وذوات محارمه كل من حرم نكاحها على التأبيد بنسب أو رضاع أو تحريم المصاهرة بسبب مباح لما ذكرنا من حديث سالم وزينب وعن عائشة أن أفلح أخا أبي القيس استأذن عليها بعد ما أنزل الحجاب فأبت أن تأذن له فقال النبي ﷺ «ايذني له فانه عمك تربت يمينك» وقد ذكر الله آباء بعولتهن كما ذكر آباءهن وابناءهن في ابداء الزينة لهم، وتوقف أحمد عن النظر الى شعر ام المرأة وبنتها لانهما غير مذكورتين في الآية قال القاضي انما حكى قول سعيد بن جبير ولم يأخذ به وقد صرح في رواية المروذي أنه محرم يجوز له المسافرة بها وقال في رواية أبي طالب ساعة يعقد عقدة النكاح تحرم عليه ام امرأته فله أن يرى شعرها ومحاسنها ليست مثل التي سرى بها لا يحل له أبداً أن ينظر الى شعرها ولا الى شيء من جسدها وهي حرام عليه

(فصل) فأما ام المزنى بها وابنتها فلا يحل له النظر اليهن وان حرم نكاحهن لان تحريمهن بسبب

﴿ مسئلة ﴾ قال (وأحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها)

انما قيد المرأة بالحرة ههنا لان الامة لا ولاية لابيها عليها وانما وليها سيدها بغير خلاف علمناه ، وأما المرأة الحرة فأولى الناس بتزويجها أبوها ولا ولاية لأحد معه وبهذا قال الشافعي وهو المشهور عن أبي حنيفة ، وقال مالك والعنبري وأبو يوسف واسحاق وابن المنذر الابن أولى وهو رواية عن أبي حنيفة لأنه أولى منه بالميراث وأقوى تعصيبا ولهذا يرث بولاء أبيه دون جده

ولنا أن الولد موهوب لابيه قال الله تعالى (ووهبنا له يحيى) وقال زكريا (رب هب لي من لدنك ذرية طيبة) وقال (فهب لي من لدنك وليا) وقال ابراهيم (الحمد لله الذي وهب لي على الكبر اسماعيل واسحاق) وقال ﷺ « أنت ومالك لابيك » واثبات ولاية الموهوب له على الهبة أولى من العكس ولان الاب أكمل نظراً وأشد شفقة فوجب تقديمه في الولاية كتقديمه على الجد ولان الاب يلي ولده في صغره وسفهه وجنونه فيليه في سائر ماثبتت الولاية عليه فيه بخلاف ولاية الابن ولذلك اختص بولاية المال وجاز له أن يشتري لها من ماله وله من مالها اذا كانت صغيرة بخلاف غيره ، ولان الولاية احتكام واحتكام الاصل على فرعه أولى من العكس، وفارق الميراث فانه لا يعتبر له النظر ولهذا يرث الصبي والمجنون وليس فيه احتكام ولا ولاية على الموروث بخلاف ما نحن فيه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ثم أبوه وان علا)

يعني أن الجد أب الاب وإن علت درجته فهو أحق بالولاية من الابن وسائر الاولياء وهو قول الشافعي ، وعن احمد رواية أخرى أن الابن مقدم على الجد وهو قول مالك ومن وافقه لما تقدم

محرم فلم يفد اباحة النظر كالمحرمة باللعان وكذلك بنت الموطوءة بشبهة وامها ليست من ذوات محارمه وكذلك الكافر ليس بمحرم لقرابته المسلمة ، قال أحمد في يهودي أو نصراني أسلمت بنته لا يسافر بها ليس هو محرماً لها في السفر اما النظر فلا يجب عليها الحجاب منه لأن أبا سفيان أتى المدينة وهو مشرك فدخل على ابنته أم حبيبة فطوت فراش رسول الله ﷺ لئلا يجلس عليه ولم تحتجب منه ولا أمرها به رسول الله صلى الله عليه وسلم

﴿مسئلة﴾ (وللعبد النظر اليها من مولاته)

يعني الى الوجه والكفين لقول الله تعالى (أو ما ملكت أيمانهن) ولما روت ام سلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « قال اذا كان لاحداكن مكاتب فملك ما يؤدي فلتحتجب منه » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح، وعن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى فاطمة بعبد قد وهبه لها وعلى فاطمة ثوب اذا قنعت به رأسها لم يبلغ رجليها واذا غطت به رجليها لم يبلغ رأسها فلما بلغ رسول الله صلى الله علية وسلم ما تلقى قال «انه ليس عليك بأس انما هو أبوك وغلامك» رواه أبو داود وأما النظر الى شعرها فكرهه

وعن أحمد رواية ثالثة ان الاخ يقدم على الجد وهو قول مالك لان الجد يدلي بأبوة الاب والاخ يدلي ببنوة والبنوة مقدمة، وعن أحمد ان الجد والاخ سواء لاستوائهما في الميراث بالتعصيب فاستويا في القرابة فوجب أن يستويا في الولاية كالاخوين ولانهما عصبتان لا يسقط أحدهما بالاخر فاستويا في الولاية كالاخوين

ولنا أن الجد له ايلاد وتعصيب فيقدم عليهما كالاب ولان الابن والاخ يقادان بها ويقطعان بسرقة مالها والجد بخلافه لا يسقط في الميراث إلا بالاب والاخ يسقط به وبالابن وابنه، واذا ضاق المال وفي المسئلة جد وأخ سقط الاخ وحده فوجب تقديمه عليهما كالأب ولتقدمه على العم وسائر العصبات . إذا ثبت هذا فالجد وان علا أولى من جميع العصبات غير الاب وأولى الاجداد أقربهم وأحقهم في الميراث .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ثم ابنها وابنه وان سفل)

وجملته أنه متى عدم الاب وآباؤه فأولى الناس بتزويج المرأة ابنها ثم ابنه بعده وان نزلت درجته الاقرب فالاقرب منهم وبه قال أصحاب الرأي وقال الشافعي لا ولاية للابن إلا أن يكون ابن عم أو مولى أوحا كما فيلي بذلك لا بالبنوة لانه ليس بمناسب لها فلا يلي نكاحها كخالها ولان طبعه ينفر من تزويجها فلا ينظر لها

ولنا ماروت أم سلمة رضي الله عنها أنها لما انقضت عدتها أرسل اليها رسول الله ﷺ يخطبها فقالت يارسول الله ليس أحد من أوليائي شاهدا قال « ليس من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك » فقالت

عبد الله وسعيد بن المسيب وطاوس ومجاهد والحسن ، واباحه ابن عباس لما ذكرنا من الآية والخبرين ولان الله تعالى قال (ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات - الى قوله - ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض) ولانه يشق التحرز منه فابيح له ذلك كذوي المحارم وجعله بعض أصحابنا كالأجنبي، والصحيح ماقلنا ان شاء الله تعالى

(مسئلة) (ولغير أولي الاربة من الرجال كالكبير والعنين ونحوهما النظر الى ذلك وعنه لا يباح)

من لا شهوة له من الرجال كالمخنث ومن ذهبت شهوته لكبر أو عنة أو مرض لا يرجى برؤه والشيخ الخصي فحكمه حكم ذي المحرم في النظر لقول الله تعالى (والتابعين غير أولي الاربة من الرجال) أي غير أولي الحاجة الى النساء قاله ابن عباس وعنه هو المخنث الذي لا يقوم اربه وعن مجاهد وقتادة الذي لا ارب له في النساء ، فان كان المخنث ذا شهوة ويعرف أمر النساء فحكمه حكم غيره ، لان عائشة قالت دخل على أزواج النبي صلى الله عليه وسلم مخنث فكانوا يعدونه من غير أولي الاربة فدخل علينا النبي صلى الله عليه وسلم وهو ينعت امرأة أنها اذا أقبلت أقبلت بأربع واذا أدبرت أدبرت بثمان فقال « لا أرى هذا يعلم ما ههنا لا يدخلن عليكم هذا » فحجبوه رواه أبو داود

قم ياعمرو فزوج رسول الله ﷺ فزوجه رواه النسائي قال الاثرم قلت لأبي عبدالله لحديث عمرو بن أبي سلمة حين تزوج النبي ﷺ أمه أم سلمة أليس كان صغيراً قال ومن يقول كان صغيراً ليس فيه بيان ولأنه عدل من عصبتها فثبت له ولاية تزويجها كأخيها، وقولهم ليس بمناسب لها يبطل بالحاكم والمولى وقولهم ان طبعه ينفر من تزويجها قلنا هذا معارض في الفرع ليس له اصل، ثم يبطل بما إذا كان ابن عم أو مولى أو حاكما . إذا ثبت هذا فانه يقدم على الاخ ومن بعده بغير خلاف نعلمه عند من يقول بولايته لانه أقوى منه تعصيبا وقد استويا في عدم الايلاد

﴿ مسئلة ﴾ قال (ثم أخوها لأبيها وأمها)

لا خلاف بين أهل العلم في تقديم الأخ بعد عمودي النسب لكونه أقرب العصبات بعدهم فانه ابن الاب وأقواهم تعصيبا وأحقهم بالميراث

﴿ مسئلة ﴾ قال (والاخ للاب مثله)

أختلفت الرواية عن أحمد في الاخ للابوين والاخ للاب إذا اجتمعا فالمشهور عنه أنهما سواء في الولاية وبه قال أبو ثور والشافعي في القديم لانهما استويا في الادلاء بالجهة التي تستفاد منها العصوبة وهي جهة الاب فاستويا في الولاية كما لو كانا من أب وإنما يرجح الاخ في الميراث بجهة الام ولا مدخل لها في الولاية فلم يرجح بها كالعمين أحدهما خال وابني عم أحدهما أخ من أم ، والرواية الثانية الاخ من الابوين أولى واختارها أبو بكر وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي في الجديد وهو

وغيره قال ابن عبد البر ليس المخنث الذي تعرف فيه الفاحشة خاصة وانما التخنيث شدة التأنيث في الخلقة حتى يشبه المرأة في اللين والكلام والنغمة والنظر والعقل ،فاذا كان كذلك لم يكن له في النساء أرب وكان لا يفطن لامور النساء فهو من غير أولي الاربة الذين لم يبح لهم الدخول على النساء الا ترى أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يمنع ذاك المخنث من الدخول على النساء فلما سمعه يصف ابنة غيلان وفهم أمر النساء أمر بحجبه،وعنه لا يباح لانه ذكر بالغ أجنبي فلم يبح له ذلك كالذي له ارب

(مسئلة) (وللشاهد النظر الى وجه المشهود عليها)

لتكون الشهادة واقعة على عينها قال أحمد لا يشهد على امرأة الا أن يكون قد عرفها بعينها وكذلك من يقابل المرأة في بيع أو إجارة فله النظر الى وجهها ليعرفها بعينها فيرجع عليها بالدرك وقد روي عن أحمد كراهة ذلك في حق الشابة دون العجوز ولعله كرهه من يخاف الفتنة أو يستغني عن المعاملة فأما مع الحاجة وعدم الشهوة فلا بأس

﴿ مسئلة ﴾ (وللطبيب النظر الى ما تدعو الحاجة الى نظره اليه من بدنها من العورة وغيرها فانه موضع حاجة وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما حكم سعداً في بني قريظة كان يكشف عن

الصحيح إن شاء الله ولانه حق يستفاد بالتعصيب فقدم فيه الاخ من الابوين كالميراث وكاستحقاق الميراث بالولاء فانه لا مدخل للنساء فيه وقد قدم الاخ من الابوين فيه وبهذا يبطل ما ذكرناه للرواية الاولى وهكذا الخلاف في بني الاخوة والاعمام وبنيهم، فأما إذا كان ابنا عم لاب أحدهما أخ لام فهما سواء لانهما استويا في التعصيب والارث به وقال القاضي فيهما من الخلاف مثل مافي ابن عم من أبوين وابن عم من أب لانه يرجح بجهة أمه وليس كذلك لان جهة أمه يرث بها منفردة وما ورث به منفرداً لم يرجح به ولذلك لم يرجح به في الميراث بالولاء ولا في غيره . فعلى هذا اذا اجتمع ابن عم من أبوين وابن عم من أب هو أخ من أم فالولاية لابن العم من الابوين عند من يرى تقديم ولد الابوين .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ثم أولادهم وان سفلوا ثم العمومة ثم اولادهم وان سفلوا ثم عمومة الاب)

وجملته أن الولاية بعد من ذكرنا تترتب على ترتيب الارث بالتعصيب فأحقهم بالميراث احقهم بالولاية فأولاهم بعد الآباء بنو المرأة ثم بنوهم وان سفلوا ثم بنو أبيها وهم الاخوة ثم بنوهم وان سفلوا ثم بنو جدها وهم الاعمام ثم بنوهم وان سفلوا ثم بنو جد الاب وهم اعمام الاب ثم بنوهم وان سفلوا ثم بنو جد الجد ثم بنوهم وعلى هذا لا يلي بنو أب أعلى مع بني اب أقرب منه وان نزلت درجتهم، وأولى ولد كل أب اقربهم اليه لان مبنى الولاية على النظر والشفقة وذلك معتبر بمظنته وهي القرابة فأقربهم أشفقهم . ولا نعلم في هذا خلافا بين أهل العلم

مؤتزرهم وعن عثمان أنه أتي بغلام قد سرق فقال « انظروا الى مؤتزره » فلم يجدوه أنبت الشعر فلم يقطعه

﴿ مسئلة ﴾ (وللصبي المميز غير ذي الشهوة النظر الى المرأة الى ما فوق السرة وتحت الركبة في احدى الروايتين)

لان الله تعالى قال (ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض) وقال (اذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم) فدل على التفريق بين البالغ وغيره قال أبو عبد الله . حجم أبو طيبة أزواج النبي صلى الله عليه وسلم وهو غلام ، والرواية الاخرى حكمه حكم ذي المحرم في النظر إذا كان ذا شهوة لقول الله تعالى (أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء) قيل لابي عبد الله متى تغطي المرأة رأسها من الغلام قال : إذا بلغ عشر سنين

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان ذا شهوة فهو كذي المحرم)

لقوله تعالى (وإذا بلغ الاطفال منكم الحلم) الآية وعنه أنه كالاجنبي لانه في معنى البالغ في الشهوة وهو المعنى المقتضي للحجاب وتحريم النظر ولقوله تعالى (أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء) فأما الغلام الطفل غير المميز فلا يجب الاستتار منه في شيء

(فصل) ولا ولاية لغير العصبات من الاقارب كالاخ من الام والخال وعم الام والجد أب الام ونحوهم نص عليه أحمد في مواضع وهو قول الشافعي واحدى الروايتين عن أبي حنيفة (والثانية) ان كل من يرث بفرض أو تعصيب يلي لانه من أهل ميراثها فوليها كعصباتها

ولنا ماروي عن علي انه قال اذا بلغ النساء نص الحقائق فالعصبة أولى اذا أدركن . رواه أبو عبيد في الغريب . ولانه ليس من عصباتها فأشبه الاجنبي

(مسئلة) قال (ثم المولى المنعم ثم أقرب عصبته به)

لاخلاف نعلمه في أن المرأة اذا لم يكن لها عصبة من نسبها أن مولاها يزوجها ، ولا في أن عصبة المناسب أولى منه وذلك لانه عصبة مولاته يرثها ويعقل عنها عند عدم عصباتها فلذلك يزوجها وقدم عليه المناسبون كما قدموا عليه في الارث والعقل فان عدم المولى أو لم يكن من أهل الولاية كالمرأة والطفل والكافر فعصباته الاقرب منهم فالاقرب على ترتيب الميراث ثم مولى المولى ثم عصباته من بعده كالميراث سواء فان اجتمع ابن المعتق وأبوه فالابن أولى لانه أحق بالميراث وأقوى في التعصيب وانما قدم الاب المناسب على الابن المناسب لزيادة شفقته وفضيلة ولادته وهذا معدوم في أبي المعتق فرجع به الى الاصل

(مسئلة) قال (ثم السلطان)

لانعلم خلافا بين أهل العلم في أن للسلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم أوليائها أو عضلهم وبه

(مسئلة) (وللمرأة مع المرأة والرجل مع الرجل النظر الى ما عدا ما بين السرة والركبة وعنه أن الكافرة مع المسلمة كالاجنبي)

يجوز للرجل مع الرجل النظر من صاحبه الى ما ليس بعورة وفيها روايتان (احداهما) ما بين السرة والركبة والاخرى الفرجان وقد ذكرناهما في باب ستر العورة ولا فرق بين الامرد وذي اللحية الا أن الامرد إذا كان جميلا يخاف الفتنة بالنظر اليه لم يجز تعمد النظر اليه، فقد روي عن الشعبي قال قدم وفد عبد القيس على النبي صلى الله عليه وسلم وفيهم غلام أمرد ظاهر الوضاءة فأجلسه النبي صلى الله عليه وسلم وراء ظهره رواه أبو حفص، قال المروذي سمعت أبا بكر الأعين يقول قدم علينا انسان من خراسان صديق لابي عبد الله ومعه غلام ابن أخت له وكان جميلا فمضى الى أبي عبد الله فحدثه فلما قمنا جاء إلى الرجل وقال له من هذا الغلام منك ؟ قال ابن أختي قال : إذا جئتني لا يكون معك والذي أرى لك أن لايمشي معك في طريق. فأما الغلام قبل السبع فلا عورة له يحرم النظر اليها وقد روي عن ابن أبي ليلى قال كنا جلوساً عند النبي صلى الله عليه وسلم قال فجاء الحسن «فجعل يتمرغ عليه فرفع مقدم قميصه أراه قال فقبل زبيبته » رواه أبو حفص

يقول مالك والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي، والاصل فيه قول النبي ﷺ «فالسلطان ولي من لاولي له» وروى أبو داود باسناده عن ام حبيبة أن النجاشي زوجها رسول الله ﷺ وكانت عنده ولان السلطان ولاية عامة بدليل انه يلي المال ويحفظ الضوال فكانت له الولاية في النكاح كالاب

(فصل) والسلطان ههنا هو الامام أو الحاكم أو من فوضا اليه ذلك . واختلفت الرواية عن أحمد في والي البلد فقال في موضع يزوج والي البلد وقال في الرستاق يكون فيه الوالي وليس فيه قاض يزوج اذا احتاط لها في المهر والكفء أرجو أن لايكون به بأس لانه ذو سلطان فيدخل في عموم الحديث وقال في موضع آخر في المرأة اذا لم يكن لها ولي فالسلطان المسلط على الشيء القاضي يقضي في الفروج والحدود والرجم وصاحب الشرطة انما هو مسلط في الادب والجناية . وقال ما للوالي ولاية انما هو القاضي . وتأول القاضي الرواية الاولى على أن الوالي أذن له في التزويج ، ويحتمل انه جعل له ذلك اذا لم يكن في موضع ولايته قاض فكأنه قد فوض اليه النظر فيما يحتاج اليه في ولايته وهذا منها

(فصل) واذا استولى أهل البغي في بلد جرى حكم سلطانهم وقاضيهم في ذلك مجرى الامام وقاضيه لانه أجري مجراه في قبض الصدقات والجزية والخراج والاحكام فكذلك في هذا

(فصل) واختلفت الرواية في المرأة تسلم على يد رجل فقال في موضع لايكون وليا لها ولا يزوج يأتي السلطان لانه ليس من عصباتها ولا يعقل عنها ولا يرثها فأشبه الاجنبي ، وقال في رواية أخرى في امرأة أسلمت على يد رجل يزوجها هو وهو قول اسحاق ، وروي عن ابن مسعود أنه لايفعل ذلك حتى يأتي السلطان ، وعن الحسن أنه كان لايرى بأسا أن يزوجها نفسه ، ولما روى ابو داود باسناده

(فصل) وحكم المرأة مع المرأة والرجل مع الرجل سواء ولا فرق بين المسلمتين بين والمسلمة والكافرة كما لا فرق بين الرجلين المسلمين وبين المسلم والذمي في النظر ، وقال أحمد ذهب بعض الناس الى أنها لا تضع خمارها عند اليهودية والنصرانية وأما أنا فاذهب الى أنها لا تنظر الى الفرج ولا تقبلها حين تلد وعن أحمد رواية أخرى أن المسلمة لا تكشف قناعها عند الذمية ولا تدخل معها الحمام وهو قول مكحول وسليمان بن أبي موسى لقوله تعالى (أو نسائهن) والاول أولى لان النساء من اليهوديات وغيرهن قد كن يدخلن على نساء النبي صلى الله عليه وسلم فلم يكن يحتجبن ولا أمرن بحجاب وقد قالت عائشة جاءت يهودية تسألها فقالت أعاذك الله من عذاب القبر فسألت عائشة رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر الحديث، وقالت اسماء قدمت على أمي وهي راغبة يعني عن الاسلام فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أفأصلها؟ قال « نعم » ولان الحجب بين الرجال والنساء لمعنى لا يوجد بين المسلمة والذمية فوجب أن لا يثبت الحجب بينهما كالمسلم مع الذمي ولان الحجاب اما أن يجب بنص أو قياس ولم يوجد واحد منهما وأما قوله (أو نسائهن) فيحتمل أن يكون أراد جملة النساء

(مسألة) (ويباح للمرأة النظر من الرجل الى غير العورة وعنه لا يباح)

عن تميم الداري انه قال : يارسول الله ما السنة في الرجل يسلم على يد الرجل من المسلمين ؟ قال « هو أولى الناس بمحياه ومماته » إلا أن هذا الحديث ضعفه احمد وقال رواية عبد العزيز يعني ابن عمر بن عبد العزيز وليس هو من أهل الحفظ والاتقان

(فصل) فان لم يوجد للمرأة ولي ولا ذو سلطان فعن احمد مايدل على انه يزوجها رجل عدل باذنها فانه قال في دهقان قرية يزوج من ولي لها اذا احتاط لها في الكفء والمهر اذا لم يكن في الرستاق قاض ، قال ابن عقيل أخذ قوم من أصحابنا من هذه الرواية أن النكاح لايقف على ولي قال وقال القاضي منصوص احمد يمنع من ذلك ، والصحيح أن هذا القول مختص بحال عدم الولي والسلطان لانه شرط أن لايكون في الرستاق قاض ، ووجه ذلك أن اشتراط الولي ههنا يمنع النكاح بالكلية فلم يجز كاشتراط المناسب في حق من لامناسب لها ، وروي أنه لايجوز النكاح إلا بولي لعموم الاخبار فيه

﴿ مسألة ﴾ قال (ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه وإن كان حاضرا)

وجملة ذلك أنه يجوز التوكيل في النكاح سواء كان الولي حاضراً أو غائبا مجبراً أو غير مجبر لانه روي عن النبي ﷺ أنه وكل أبارافع في تزويجه ميمونة ووكل عمرو بن أمية في تزويجه أم حبيبة ولانه عقد معاوضة فجاز التوكيل فيه كالبيع ولأصحاب الشافعي في توكيل غير الاب والجد وجهان (أحدهما) لايجوز لانه يلي بالاذن فلم يجز التوكيل له كالوكيل

ولنا أنه يلي شرعا فكان له التوكيل كالاب ولا يصح قولهم أنه يلي بالاذن فان ولايته ثابتة قبل

وهذه احدى الروايتين والاخرى لا يباح لها النظر من الرجل الا الى مثل ما ينظر اليه منها اختاره أبو بكر وهو أحد قولي الشافعي لما روى الزهري عن نبهان عن أم سلمة قالت كنت قاعدة عند النبي صلى الله عليه وسلم أنا وحفصة فاستأذن ابن أم مكتوم فقال النبي صلى الله عليه وسلم « احتجبن منه » فقلت يا رسول الله انه ضرير لا يبصر قال « أفعمياوان أنتما لا تبصرانه ؟ » رواه أبو داود وغيره ولان الله تعالى أمر النساء بغض أبصارهن كما أمر الرجال به ولانهن أحد نوعي الآدميين فحرم عليهن النظر الى النوع الآخر قياساً على الرجال يحققه أن المعنى المحرم على الرجال خوف الفتنة وهذا في المرأة أبلغ لأنها أشد شهوة وأقل عقلا فتسارع الفتنة اليها أكثر

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس « اعتدي في بيت ابن أم مكتوم فانه رجل أعمى تضعين ثيابك فلا يراك » وقالت عائشة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يسترني بردائه وأنا أنظر الى الحبشة يلعبون في المسجد متفق عليهما ، ولما فرغ النبي صلى الله عليه وسلم من خطبة العيد مضى الى النساء فذكرهن ومعه بلال فأمرهن بالصدقة ، ولانهن لو منعن النظر لوجب على الرجال الحجاب كما وجب على النساء لئلا ينظرون اليهم فأما حديث نبهان فقال أحمد نبهان روى حديثين عجيبين هذا

اذنها وانما اذنها شرط لصحة تصرفه فأشبه ولاية الحاكم عليها ولا خلاف في ان الحاكم أن يستنيب في التزويج من غير اذن المرأة ولان المرأة لا ولاية لها على نفسها فكيف لنائبها من قبلها ؟

(فصل) ويجوز التوكيل مطلقاً ومقيداً فالمقيد التوكيل في تزويج رجل بعينه والمطلق التوكيل في تزويج من يرضاه أو من يشاء ، قال احمد رحمه الله في رواية عبد الله في الرجل يولي على أخته وابنته يقول اذا وجدت من ترضاه فزوجها فتزويجه جائز ، ومنع بعض الشافعية التوكيل المطلق ولا يصح فانه روي أن رجلا من العرب ترك ابنته عند عمر وقال اذا وجدت لها كفؤاً فزوجه اياها ولو بشراك نعله فزوجها عمر من عثمان بن عفان رضي الله عنه فهي أم عمرو بن عثمان واشتهر ذلك فلم ينكر ولانه إذن في النكاح فجاز مطلقا كاذن المرأة أو عقد فجاز التوكيل فيه مطلقا والله أعلم

(فصل) ولا يعتبر في صحة الوكالة اذن المرأة في التوكيل سواء كان الموكل أباً أو غيره ولا يفتقر الى حضور شاهدين وقال بعض الشافعية لا يجوز لغير المجبر التوكيل الا باذن المرأة وخرجه القاضي على الروايتين في توكيل الوكيل من غير اذن الموكل وحكي عن الحسن بن صالح أنه لا يصح الا بحضرة شاهدين لانه يراد لحل الوطء فافتقر الى الشهادة كالنكاح

ولنا انه إذن من الولي في التزويج فلم يفتقر الى اذن المرأة ولا الى اشهاد كاذن الحاكم وقد بينا أن الولي ليس بوكيل للمرأة وهذا التوكيل لا يملك به البضع فلم يفتقر الى اشهاد بخلاف النكاح ويبطل ماذكره الحسن بن صالح بالتسري

الحديث والآخر « إذا كان لاحداكن مكاتب فلتحتجب منه » كأنه أشار الى ضعف حديثه إذ لم يرو الا هذين الحديثين المخالفين للاصول وقال ابن عبد البر . نبهان مجهول لا يعرف إلا برواية الزهري عنه هذا الحديث وحديث فاطمة صحيح فالحجة به لازمة ثم يحتمل أن حديث نبهان خاص لازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم كذلك قال أحمد وأبو داود قال الأثرم قلت لابي عبد الله كان حديث نبهان لازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة وحديث فاطمة لسائر الناس؟ قال نعم وان قدر التعارض فتقديم الاحاديث الصحيحة أولى من الاخذ بحديث مفرد في اسناده مقال

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز النظر الى الغلام لغير شهوة)

فأما النظر اليه لشهوة فلا يباح لأنها تدعوا الى الفتنة وقد ذكرنا ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز النظر الى أحد ممن ذكرنا لشهوة لماذكرنا من خوف الفتنة)

ومعنى الشهوة انه يتلذذ بالنظر اليه والله اعلم

(مسئلة) (ولكل واحد من الزوجين النظر الي جميع بدن الآخر ولمسه وكذلك السيد مع امته)

لما روى بهز بن حكيم قال قلت يارسول الله عوراتنا ما نأتي منها وما ندع ؟ قال « احفظ عورتك الامن

(فصل) ويثبت للوكيل مايثبت للموكل وان كان للولي الاجبار ثبت ذلك لوكيله وان كانت ولايته ولاية مراجعة احتاج الوكيل الى اذنها ومراجعتها لانه نائب فيثبت له مثل ماثبت لمن ينوب عنه وكذلك الحكم في السلطان والحاكم يأذن لغيره في التزويج فيكون المأذون له قائما مقامه

(فصل) واختلفت الرواية عن احمد رحمه الله هل تستفاد الولاية في النكاح بالوصية ؟ فروى انها تستفاد بها وهو اختيار الخرقي لقوله أو وصى ناظرا له في التزويج وهو قول الحسن وحماد بن أبي سلمان ومالك وعنه لا تستفاد بالوصية وبه قال الثوري والشعبي والنخعي والحارث العكلي وابو حنيفة والشافعي وابن المنذر لأنها ولاية تنتقل الى غيره شرعا فلم يجز ان يوصى بها كالحضانة ولانه لاضرر على الوصي في تضييعها ووضعها عند من لا يكافئها فلم تثبت له الولاية كالاجنبي ولأنها ولاية نكاح فلم تجز الوصية بها كولاية الحاكم وقال ابو عبدالله بن حامد ان كان لها عصبة لم تجز الوصية بنكاحها لانه يسقط حقهم بوصيته وإن لم يكن عصبة جاز لعدم ذلك .

ولنا أنها ولاية ثابتة للاب فجازت وصيته بها كولاية المال ولانه يجوز أن يتسبب فيها في حياته فيكون نائبه قائما مقامه بعد موته فجاز أن يتسبب فيها كولاية المال وما ذكروه يبطل بولاية المال ، فعلى هذا لا يصير وصيا في النكاح بالوصية اليه في المال لأنها إحدى الولايتين فلم يملكها بالوصية كالوصية الاخرى قياسا على وصية المال لا تملك بالوصية في النكاح .

(فصل) فعلى هذا تجوز الوصية بالنكاح من كل ذي ولاية سواء كان مجبراً كالاب أو غير مجبر كغيره ووصي كل ولي يقوم مقامه فان كان الولي له الاجبار فكذلك وصيه وإن كان يحتاج الى اذنها

زوجتك او ماملكت يمينك» رواه الترمذي وقال حديث حسن ولا فرق بين الفرج وغيره لعموم الحديث ولان الفرج يباح الاستمتاع به فجاز النظر اليه ولمسه كبقية البدن وقيل يكره النظر الي الفرج لقول عائشة ما رأيت فرج رسول الله صلى الله عليه وسلم قط رواه ابن ماجة وفي لفظ قالت مارأيته من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا رآه مني قال احمد في رواية جعفر بن محمد في المرأة تقعد بين يدي زوجها وفي بيتها مكشوفة في ثياب رقاق. فلا بأس به قلت تخرج من الدار الى بيت مكشوفة الرأس وليس فى الدار الا هي وزوجها مرخص في ذلك

(فصل) وحكم السيد حكم الزوج فيا ذكرنا وسواء في ذلك سريته وغيرها لانه يباح له الاستمتاع بجميع بدنها فأبيح له النظر اليه فأما ان زوج امته حرم عليه الاستمتاع بها والنظر منها الي مابين السرة والركبة لما روى عمر وبن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا زوج احدكم خادمه عبده او اجيره فلا ينظر الى مادون السرة وفوق الركبة فانه عورة» رواه ابو داود ومفهومه اباحة النظر الى ماعداه واما تحريم الاستمتاع بها فلا خلاف فيه فانها قد صارت مباحة للزوج ولا تحل امرأة لرجلين فان وطئها اثم وعليه التعزير لانه فعل محرما فان أولدها فقال أحمد لايلحقه

فوصيه كذلك لانه يقوم مقامه فهو كالوكيل . وقال مالك ان عين الاب الزوج ملك الوصي إجبارها صغيرة كانت أو كبيرة ، وان لم يعين الزوج وكانت بنته كبيرة صحت الوصية واعتبر اذنها وان كانت صغيرة انتظرنا بلوغها فاذا أذنت جاز أن يزوجها باذنها

ولنا أن من ملك التزويج اذا عين له الزوج ملكه مع الاطلاق كالوكيل ومتى زوج وكيل الاب الصغيرة فبلغت فلا خيار لها لان الوصي قائم مقام الموصي فلم يثبت في تزويجه خيار كالوكيل

« مسألة » قال (واذا كان الاقرب من عصبتها طفلا أو كافراً أو عبداً زوجها الابعد من عصبتها) .

وجملة ذلك أن الولاية لا تثبت لطفل ولا عبد ولا كافر على مسلمة بحال فعند ذلك يكون وجودهم كالعدم فتثبت الولاية لمن هو أبعد منهم كما لو ماتوا ونعتبر لثبوت الولاية لمن سمينا ستة شروط : العقل والحرية والاسلام والذكورية والبلوغ والعدالة على اختلاف نذكره فأما العقل فلا خلاف في اعتباره لان الولاية انما تثبت نظراً للمولى عليه عند عجزه عن النظر لنفسه ومن لا عقل له لا يمكنه النظر ولا يلي نفسه فغيره أولى وسواء في هذا من لا عقل له لصغره كطفل . ومن ذهب عقله بجنون أو كبر كالشيخ اذا أفند .

قال القاضي والشيخ الذي قد ضعف لكبره فلا يعرف موضع الحظ لها لا ولاية له فأما الاغماء فلا يزيل الولاية لانه يزول عن قرب فهو كالنوم ولذلك لا تثبت الولاية عليه ويجوز على الانبياء

لنسبه لانها فراش لغيره فلم يلحقه ولدها كالاجنبية قلت وقد ذكر في باب حكم امهات الاولاد انه يلحقه النسب لانه وطء سقط فيه الحد لشبهة الملك اشبه وطء الجارية المرهونة

(فصل) واما نظر الرجل الى الاجنبية من غير سبب فيحرم عليه النظر الى جميعها في ظاهر كلام احمد فانه قال لا يأكل مع مطلقته هو اجنبي لا يحل له ان ينظر اليها كيف يأكل معها ينظر الى كفها؟ لا يحل له ذلك وقال القاضي يحرم عليه النظر الى ماعدا الوجه والكفين لانه عورة ويباح له النظر اليها مع الكراهة اذا أمن الفتنة ونظر بغير شهوة وهذا مذهب الشافعي لقول الله تعالى (ولا يبدين زينتهن الا ماظهر منها) قال ابن عباس الوجه والكفان وروت عائشة ان اسماء بنت ابي بكر دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثياب رقاق فأعرض عنها وقال يا أسماء « ان المرأة اذا بلغت المحيض لم تصلح ان يرى منها الا هذا وهذا » واشار الى وجهه وكفيه رواه أبو بكر وغيره ولانه ليس بعورة فلم يحرم النظر اليه من غير ريبة كوجه الرجل

ولنا قول الله تعالى (واذا سألتموهن متاعا فاسئلوهن من وراء حجاب) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا كان لاحداكن مكاتب فملك مايؤدي فلتحتجب منه» وكان الفضل ابن عباس رديف رسول الله

عليهم السلام ومن كان يجن في الاحيان لم تزل ولايته لانه لايستديم زوال عقله فهو كالاغماء

(الشرط الثاني) الحرية ، فلا ولاية لعبد في قول جماعة اهل العلم فان العبد لا ولاية له على نفسه فعلى غيره أولى . وقال أصحاب الرأي يجوز أن يزوجها العبد باذنها بناء على أن المرأة تزوج نفسها قد مضى الكلام في هذه المسئلة

﴿ الشرط الثالث ﴾ الاسلام ولا يثبت لكافر ولاية على مسلمة وهو قول عامة أهل العلم أيضاً ، قال ابن المنذر أجمع عامة من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا قال أحمد بلغنا أن عليا أجاز نكاح الاخ ورد نكاح الاب وكان نصرانيا

﴿ الشرط الرابع ﴾ الذكورية شرط للولاية في قول الجميع لانه يعتبر فيها الكمال والمرأة ناقصة قاصرة تثبت الولاية عليها لقصورها عن النظر لنفسها فلا تثبت لها ولاية على غيرها أولى

﴿ الشرط الخامس ﴾ البلوغ شرط في ظاهر المذهب قال احمد لايزوج الغلام حتى يحتلم ليس له أمر وهذا قول أكثر أهل العلم منهم الثوري والشافعي واسحاق وابن المنذر وأبو ثور ، وعن أحمد رواية أخرى انه اذا بلغ عشراً زوج وتزوج وطلق وأجيزت وكالته في الطلاق وهذا يحتمله كلام الخرقي لتخصيصه المسلوب الولاية بكونه طفلا ووجه ذلك أنه يصح بيعه ووصيته وطلاقه فثبتت له الولاية كالبالغ والاول اختيار أبي بكر وهو الصحيح لان الولاية يعتبر لها كمال الحال لانها تتقيد بالتصرف في حق غيره اعتبرت نظراً له والصبي مولى عليه لقصوره فلا تثبت له الولاية كالمرأة

﴿ الشرط السادس ﴾ العدالة في كونها شرطا روايتان (احداهما) هي شرط قال احمد اذا كان

صلى الله عليه وسلم فجاءته الخثعمية تستفتيه وتنظر اليه فصرف رسول الله صلى الله وسلم وجهه عنها، وعن جرير بن عبد الله قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نظر الفجأة فأمرني ان أصرف بصري حديث صحيح وعن علي رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لاتتبع النظرة النظرة فانما لك الاولى وليس لك الآخرة » رواهما ابو داود وفي إباحة النظر الى المرأة اذا أراد تزويجها دليل على التحريم عند عدم ذلك اذ لو كان مباحاً على الاطلاق فما وجه التخصيص لهذه الحال وأما حديث أسماء ان صح فيحتمل انه كان قبل نزول الحجاب فيحمل عليه

(فصل) فأما العجوز التي لاتشتهى فلا بأس بالنظر الى مايظهر منها غالبا لقول الله تعالى (والقواعد من النساء اللاتي لايرجون نكاحاً) الآية قال ابن عباس في قوله تعالى (قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم- وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن) نسخ واستثني من ذلك (القواعد من النساء اللاتي لايرجون نكاحاً) الآية وفي معنى ذلك الشوهاء التي لاتشتهى

(فصل) والامة يباح النظر منها الى مايظهر غالباً كالوجه والرأس واليدين والساقين لان عمر رضي الله عنه رأى أمة متكممة فضربها بالدرة وقال يالكاع تشتبهين بالحرائر وروى ابو حفص باسناده ان

القاضي مثل ابن الحلبي وابن الجعدي استقبل النكاح فظاهر هذا انه افسد النكاح لانتفاء عدالة المولي له وهذا قول الشافعي وذلك لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال : لانكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل، قال ابن عباس قال احمد أصح شيء في هذا قول ابن عباس وقد روي عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ « لانكاح الا بولي وشاهدي عدل ، وأيما امرأة أنكحها ولي مسخوط عليه فنكاحها باطل » وروي عن أبي بكر البرقاني باسناده عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ « لانكاح الا بولي مرشد وشاهدي عدل » ولانها ولاية نظرية فلا يستبدبها الفاسق كولاية المال ، والرواية الاخرى ليست بشرط .

نقل مثنى بن جامع أنه سأل احمد اذا تزوج بولي فاسق وشهود عدول فلم ير أنه يفسد من النكاح شيء وهذا ظاهر كلام الخرقي لانه ذكر الطفل والعبد والكافر ولم يذكر الفاسق وهو قول مالك وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لانه يلي نكاح نفسه فتثبت له الولاية على غيره كالعدل ولان سبب الولاية القرابة وشرطها النظر وهذا قريب ناظر فيلي كالعدل

(فصل) ولا يشترط أن يكون بصيراً لان شعيبا عليه السلام زوج ابنته وهو أعمى ولان المقصود في النكاح يعرف بالسماع والاستفاضة فلا يفتقر الى النظر ولا يشترط كونه ناطقا بل يجوز أن يلي الاخرس اذا كان مفهوم الاشارة لان اشارته تقوم مقام نطقه في سائر العقود والاحكام فكذلك في النكاح

(فصل) ومن لم تثبت له الولاية لم يصح توكيله لان وكيله نائب عنه وقائم مقامه ، وإن وكله

عمر كان لايدع امة تقنع في خلافته وقال انما القناع للحرائر ولو كان نظر ذلك منها محرماً لم يمنع من ستره بل امر به وقد روى انس ان النبي صلى الله عليه وسلم لما أخذ صفية قال الناس أجعلها ام المؤمنين أم أم ولد ؟ فقالوا إن حجبها فهي أم المؤمنين وان لم يحجبها فهي أم ولد فلما ركب وطأ لها خلفه ومد الحجاب بينه وبين الناس متفق عليه وهذا دليل على أن عدم حجب الاماء كان مستفيضاً بينهم مشهوراً وان الحجب لغيرهن كان معلوماً وقال أصحاب الشافعي يباح النظر منها الى ماليس بعورة وهو مافوق السرة وتحت الركبة وسوى بعض اصحاب الشافعي بين الحرة والامة لقول الله تعالى (ولا يبدين زينتهن الا ماظهر منها) الآية ولان العلة في تحريم النظر الخوف من الفتنة والفتنة المخوفة يستوي فيها الحرة والامة فان الحرية لاتؤثر في الامر الطبيعي وقد ذكرنا مايدل على التخصيص ويوجب الفرق بينهما وان لم يفترقا فيما ذكروه افترقا في الحرمة ومشقة الستر لكن ان كانت المرأة جميلة يخاف الفتنة بها حرم النظر اليها كما يحرم الى الغلام الذي لم تخش الفتنة بالنظر اليه قال احمد في الامة اذا كانت جميلة تنقب ولا ينظر الى المملوكة كم من نظرة القت في قلب صاحبها البلابل

(فصل) والطفلة التي لا تصلح للنكاح لابأس بالنظر اليها قال أحمد في رواية الاثرم في الرجل

الوالي في تزويج موليته لم يجز لانها ولاية وليس هو من أهلها ، ولانه لما لم يملك تزويج مناسبته بولاية النسب فلأن لا يملك تزويج مناسبة غيره بالتوكيل أولى ، ويحتمل أن يصح توكيل العبد والفاسق والصبي المميز في العقد لانهم من أهل اللفظ بالعقد وعبارتهم فيه صحيحة ولذلك صح قبولهم النكاح لانفسهم وانما سلبوا الولاية نفسها لانه يعتبر لها الكمال ولا حاجة اليه في اللفظ به ، فأما إن وكله الزوج في قبول النكاح له أو وكله الاب في قبول النكاح لابنه الصغير فقال أصحابنا لا يصح لانه أحد طرفي العقد فلم يجز توكيله فيه كالايجاب ويحتمل جواز توكيل من ذكر نافيه لانهم من أهله ويصح قبولهم النكاح لانفسهم فجاز أن ينوبوا فيه عن غيرهم كالبيع وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي في العدة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويزوج أمة المرأة باذنها من يزوجها)

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن يزوج أمة المرأة فروي عنه أنه يلي نكاحها والي سيدتها قال القاضي هذا هو الصحيح وهو مذهب الشافعي لان مقتضى الدليل كون الولاية لها فامتنعت في حقها لقصورها فتثبت لاوليائها كولاية نفسها ولانهم يلونها لو عتقت ففي حال رقها أولى ثم إن كانت سيدتها رشيدة لم يجز تزويج أمتها الا باذنها لانها مالها ولا يجوز التصرف في مال رشيد بغير إذنه ويعتبر نطقها بذلك وان كانت بكراً لان صماتها إنما اكتفى به في تزويج نفسها لحيائها ولا تستحيي من تزويج أمتها ، وان كانت صغيرة أو مجنونة أو سفيهة ولوليها ولاية على مالها فله تزويج أمتها إن كان الحظ في تزويجها وإلا فلا يملك تزويجها وكذلك الحكم في أمة ابنه الصغير وقال بعض الشافعية ليس له تزويجها بحال لان فيه تغريرا بمال الصغيرة لانها ربما حملت فتلفت

ولنا أن له التصرف بما فيه الحظ والتزويج ههنا فيه الحظ لان الكلام فيه فجاز كسائر التصرفات

يأخذ الصغيرة فيضمها في حجره ويقبلها فان كان يجد شهوة فلا وإن كان لغير شهوة فلا بأس وقد روى أبو بكر باسناده عن عمر بن حفص المدني ان الزبير بن العوام أرسل بابنة له الى عمر بن الخطاب مع مولاة له فأخذها عمر بيده وقال ابنة أبي عبد الله فتحركت الاجراس من رجلها فأخذها عمر فقطعها وقال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «مع كل جرس شيطان » فأما اذا بلغت حداً يصلح للنكاح فان عورتها مخالفة لعورة البالغة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام «لا يقبل ألله صلاة حائض الا بخمار» يدل على صحة صلاة من لم تحض مكشوفة فيحتمل ان يكون حكمها حكم ذوات المحارم كقولنا في الغلام المراهق مع النساء وقد روى ابو بكر عن ابن جريج قال قالت عائشة دخلت علي ابنة أخي فدخل علي النبي صلى الله عليه وسلم فأعرض فقلت يارسول الله انها ابنة أخي وجارية فقال « اذا عركت المرأة لم يجز لها ان تظهر الا وجهها ومادون هذا » وقبض على ذراع نفسه فترك بين قبضته وبين الكف مثل قبضة أخرى او نحوها احتج أحمد بهذا الحديث وتخصيص الحائض بهذا التحديد دليل على إباحة أكثر من ذلك في حق غيرها

(مسئلة) (ولا يجوز التصريح بخطبة المعتدة ولا التعريض بخطبة الرجعية)

الجائزة واحتمال الحظ مرجوح لما فيه من تحصيل مهرها وولدها وكفاية مؤنتها وصيانتها عن الزنا الموجب للحد في حقها و بعض قيمتها والمرجوح كالمعدوم وان كان وليها في مالها غير ولي في تزويجها فولاية تزويجها للولي في المال دون ولي التزويج لانه هو المتصرف في المال وهي مال (الرواية الثانية) أن المرأة أن تولي امر أمتها رجلا يزوجها نقلها عن أحمد جماعة لان سبب الولاية الملك وقد تحقق في المرأة وامتنعت المباشرة لنقص الانوثة فملكت التوكيل كالرجل المريض والغائب ونقل عن أحمد كلام يحتمل رواية ثالثة وهو أن سيدتها تزوجها فانه قيل له تزوج أمتها؟ قال قد قيل ذلك هي مالها ، وهذا يحتمل أنه ذهب اليه وهو قول أبي حنيفة لانها مالكة لها وولايتها تامة عليها فملكت تزويجها كالسيد ولانها تملك بيعها وإجارتها فملكت تزويجها كسيدها ولان الولاية إنما تثبت على المرأة لتحصيل الكفاية وصيانة لحظ الاولياء في تحصيلها فلا تثبت عليها الولاية في أمتها لعدم اعتبار الكفاية وعدم الحق للاولياء فيها ويحتمل أن أحمد قال هذا حكاية لمذهب غيره فانه قال في سياقها أحب إلي أن تأمر زوجها لان النساء لا يعقدن وقد ذكرنا في خبر أبي هريرة عن النبي ﷺ انه قال « لا تنكح المرأة المرأة » وقالت عائشة رضي الله عنها زوجوا فان النساء لا يزوجن واعقدوا فان النساء لا يعقدن ولان المرأة لا تملك أن تزوج نفسها فغيرها أولى .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويزوج مولاتها من يزوج أمتها)

يعني عتيقتها وهذه فيها الروايتان (أحدهما) أن لمولاتها التوكيل في تزويجها رجلا لانها عصبتها

أما التصريح بخطبة المعتدة فلا يجوز لان قول الله تعالى (ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء) دليل على تحريم التصريح لان التصريح لا يحتمل غير النكاح فلا يؤمن ان يحملها الحرص عليه على الاخبار بانقضاء عدتها قبل انقضائها والتعريض بخلافه

(مسئلة) (فأما الرجعية فلا يجوز لاحد التعريض لخطبتها ولا التصريح لانها في حكم الزوجات فهي كالتي في صلب نكاحه)

(مسئلة) (ويجوز في عدة الوفاة وفي البائن بطلاق ثلاث)

المعتدات على ثلاثة اضرب وحكمها حكم من هي في صلب النكاح وقد ذكرناها (الثاني) المعتدة من وفاة او طلاق ثلاث أو فسخ لتحريمها على زوجها كالفسخ برضاع او لعان ونحوه مما لا تحل بعده لزوجها فهذه يجوز التعريض بخطبتها للآية ولما روت فاطمة بنت قيس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لها لما طلقها زوجها ثلاثاً « اذا حللت فآذنيني » وفي لفظ « لا تسبقيني بنفسك » وهذا تعريض لخطبتها في عدتها

﴿ مسئلة ﴾ (وهل يجوز في عدة البائن بغير الثلاث؟ على وجهين)

هذا الضرب الثالث كالمختلفة والبائن بفسخ لعيب أو اعسار أو نحوه فلزوجها التصريح بخطبتها

وترثها بالتعصيب فأشبهت العتق (والثانية) ولي سيدتها وليها وهي الاصح لان هذه ولاية لنكاح حرة والمرأة ليست من أهل ذلك فيكون إلى عصبتها لانهم الذين يعقلون عنها ويرثونها بالتعصيب عند عدم سيدتها فكانوا أوليائها كما لو تعذر على المعتق تزويج معتقته لمرت أو جنون وقد ذكرنا أنه إذا انقرض العصبة من النسب ولي المولى المعتق ثم عصباته من بعده الاقرب فالاقرب كذا هاهنا الا أن ظاهر كلام الخرقي ههنا تقديم أبي حنيفة المعتقة على ابنها لانه الذي يزوجها وذكرنا ثم خلاف هذا ويعتبر في ولائه شرطان (أحدهما) عدم العصبة من النسب لان المناسب أقرب من المعتق وأولى منه (الثاني) إذن الزوجة لانها حرة وليست له ولاية اجبار فانه أبعد العصبات ولا يفتقر إلى اذن مولاتها لانها لا ولاية لها ولا ملك فأشبهت قريب الطفل إذا زوج البعيد

(فصل) واذا كان للأمة مولى فهو وليها وان كان لها موليان فالولاية لهما وليس لواحد منهما الاستقلال بالولاية بغير اذن صاحبه لانه لا يملك الا نصفها وان اشتجرا لم يكن للسلطان أن ينوب عنهما لان تزويجها تصرف في المال بخلاف الحرة فان نكاحها حق لها ونفعه عائد اليها ونكاح الامة حق لسيدها ونفعه عائد اليه فلم يثبت السلطان عنه فيه فان أعتقها ولها عصبة مناسب فهو أولى منهما وان لم يكن لها عصبة فهما ولياها ولا يستقل أحدهما بالتزويج لان ولايته على نصفها فان اشتجرا أمام الحاكم أقام الحاكم مقام الممتنع منهما لانها صارت حرة وصار نكاحها حقا لها وان كان المعتق أو المعتقة واحدا وله عصبات في درجة واحدة كالابنين أو الاخوين فلاحدهما الاستقلال بتزويجها كما يملك تزويج سيدتها

(مسئلة) قال (من أراد أن يتزوج امرأة هو وليها جعل أمرها الى رجل يزوجها منه باذنها)

والتعريض لانه مباح له نكاحها في عدتها فهو كغير المعتدة وهل يجوز لغيره التعريض بخطبتها ؟ فيه وجهان وللشافعي فيه قولان (أحدهما) يجوز لعموم الآية ولانها بائن أشبهت المطلقة ثلاثاً (والثاني) لا يجوز لان الزوج يملك أن يستبيحها فهي كالرجعية والمرأة في الجواب كالرجل في الخطبة مما يحل ويحرم لان الخطبة للعقد فلا يختلفان في حله وحرمته

(مسئلة) (والتعريض قوله اني في مثلك لراغب ولا تفوتيني بنفسك وما أحوجني الى مثلك)

وقال الزهري أنت مرغوب فيك وأنت جميلة واذا حللت فآذنيني ونحو ذلك قال مجاهد مات رجل وكانت امرأته تشيع الجنازة فقال لها رجل لا تسبقينا بنفسك فقالت سبقك غيرك

(مسئلة) (وتجيبه المرأة ما يرغب عنك وإن قضي شيء كان وما أشبهه)

(فصل) فأما التصريح فهو اللفظ الذي لا يحتمل غير النكاح نحو قوله زوجيني نفسك فاذا انقضت عدتك تزوجتك ويحتمل أن هذا معنى قوله تعالى (لا تواعدوهن سرا) فان النكاح يسمى سراً قال الشاعر :

فلم تطلبوا سرها للغنى ولن تسلموها لازهادها

وجملته ان ولي المرأة التي يحل له نكاحها وهو ابن العم أو المولى أو الحاكم أو السلطان إذا أذنت له أن يتزوجها فله ذلك . وهل له أن يتولى طرفي العقد بنفسه ؟ فيه روايتان [إحداهما] له ذلك وهو قول الحسن وابن سيرين وربيعة ومالك والثوري وأبي حنيفة وإسحاق وأبي ثور وابن المنذر لما روى البخاري قال : قال عبد الرحمن بن عوف لأم حكيم ابنة قارظ أتجعلين أمرك إلي ؟ قالت نعم . قال قد تزوجتك . ولأنه يملك الايجاب والقبول فجاز أن يتولاهما كما لو زوج امته عبده الصغير ولانه عقد وجد فيه الايجاب من ولي ثابت الولاية والقبول من زوج هو أهل القبول فصح كما لو وجدا من رجلين . وقد روي عن النبي ﷺ أنه أعتق صفية وجعل عتقها صداقها . فان قيل قد روي أن النبي ﷺ قال « كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح : زوج وولي وشاهدان » قلنا هذا لا نعلم صحته وان صح فهو مخصوص بمن زوج أمته عبده الصغير فيخص منه محل النزاع أيضاً ، وهل يفتقر إلى ذكر الايجاب والقبول أم يكتفى بمجرد الايجاب ؟ فيه وجهان (أحدهما) يحتاج أن يقول زوجت نفسي فلانة وقبلت هذا النكاح لان ما يفتقر الى الايجاب يفتقر الى القبول كسائر العقود (والثاني) يكفيه أن يقول زوجت نفسي فلانة أو تزوجت فلانة وهو قول مالك وأبي حنيفة لحديث عبد الرحمن بن عوف ولان ايجابه يتضمن القبول فأشبه إذا تقدم الاستدعاء ولهذا قلنا اذا قال لأمته قد أعتقتك وجعلت عتقك صداقك ينعقد النكاح بمجرد هذا القول

[والرواية الثانية] لا يجوز أن يتولى طرفي العقد ولكن يوكل رجلا يزوجه اياها باذنها . قال أحمد رحمه الله في رواية ابن منصور لا يزوج نفسه حتى يولي رجلا على حديث المغيرة بن شعبة وهو ما روى أبو داود باسناده عن عبد الملك بن عمير أن المغيرة بن شعبة أمر رجلا زوجه امرأة المغيرة أولى بها منه ولانه عقد

وقال الشافعي السر الجماع وأنشد لامرىء القيس

ألا زعمت بسباسة القوم أنني　　كبرت وأن لا يحسن السر أمثالي

ومواعدة السر أن يقول عندي جماع يرضيك فنهى عنه لما فيه من الهجر والفحش والدناءة والسخف

(فصل) فان صرح بالخطبة أو عرض في موضع يحرم التعريض ثم تزوجها بعد حلها صح نكاحه وقال مالك يطلقها تطليقة ثم يتزوجها ولا يصح هذا لان هذا المحرم لم يقارن العقد فلم يؤثر فيه كما في النكاح الثاني أو كما لو رآها متجردة ثم تزوجها

(مسئلة) (ولا يجوز للرجل أن يخطب على خطبة أخيه ان أجيب وان رد حل وان لم يعلم الحال فعلى وجهين)

الخطبة بالكسر خطبة الرجل للمرأة ليتزوجها وبالضم حمد الله والتشهد ولا يخلو حال المخطوبة من ثلاثة أقسام (أحدها) أن تسكن إلى الخاطب لها فتجيبه أو تأذن لوليها في إجابته فهذه يحرم على غيره خطبتها لما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه » وعن أبي

ملكه بالاذن فلم يجز أن يتولى طرفيه كالبيع . وبهذا فارق ما إذا زوج أمته عبده الصغير ، وعلى هذه الرواية ان وكل من يقبل له العقد وتولى هو الايجاب جاز

وقال الشافعي في ابن العم والمولى لا يزوجها الا الحاكم ولا يجوز أن يتولى طرفيه كالبيع ولا أن يوكل من يزوجه لان وكيله بمنزلته وهذا عقد ملكه بالاذن فلا يتولى طرفيه كالبيع ولا يجوز أن يزوجه من هو أبعد منه من الاولياء لانه لا ولاية لهم مع وجوده

ولنا ماذكرناه من فعل الصحابة ولم يظهر خلافه ولان وكيله يجوز أن يلي العقد عليها لغيره فصح أن يليه عليها له اذا كانت تحل له كالامام اذا أراد أن يزوج موليته ، ولان هذه امرأة لها ولي حاضر غير عاضل فلم يلها الحاكم كما لو أراد أن يزوجها غيره ومفهوم قوله عليه السلام « السلطان ولي من لا ولي له » انه لا ولاية له على هذه

(فصل) واذا أذنت له في تزويجها ولم تعين الزوج لم يجز أن يزوجها نفسه لان اطلاق الاذن يقتضي تزويجها غيره ويجوز تزويجها لولده لانه غيره ، فان زوجها لابنه الكبير قبل لنفسه ، وان زوجها لابنه الصغير ففيه الروايتان في تولي طرفي العقد فان قلنا لا يتولاه فوكل رجلا يزوجها لولده وقبل هو النكاح له افتقر الى اذنها للوكيل على ماقدمنا من ان الوكيل لا يزوجها إلا باذنها وان وكل رجلا يقبل لولده النكاح وأوجب هو لم يحتج الى اذنها لانها قد أذنت له

(فصل) واذا زوج أمته عبده الصغير جاز له أن يتولى طرفي العقد لانه مالك ذلك بحكم الملك لا بحكم الاذن في قولهم جميعا ، وان كان مالكا لأحد طرفي العقد فوكله مالك الطرف الآخر فيه

هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك » متفق عليهما ولان في ذلك افساداً على الخاطب الاول وايقاع العداوة بين الناس ولا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم الا أن قوماً حملوا النهي على الكراهة، والاول أولى (القسم الثاني) أن ترده لا تركن اليه فتجوز خطبتها لما روت فاطمة بنت قيس أنها أتت النبي ﷺ فذكرت أن معاوية وأبا جهم خطباها فقال النبي ﷺ « أما معاوية فصعلوك لا مال له وأما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه ، انكحي أسامة بن زيد » متفق عليه فخطبها النبي ﷺ بعد اخبارها إياه بخطبة معاوية وأبي جهم لها ولان تحريم خطبتها على هذا الوجه اضرار بها فانه لا يشاء أحد أن يمنع المرأة الا منعها بخطبته إياها وكذلك لو عرض لها في عدتها بالخطبة فقال لا تفوتيني بنفسك وأشباه هذا لم تحرم خطبتها لان في قصة فاطمة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تفوتينا بنفسك » ولم يذكر خطبة أبي جهم ومعاوية لها وذكر ابن عبد البر أن ابن وهب روى باسناده عن الحارث بن سعيد عن أبي رئاب أن عمر بن الخطاب خطب امرأة على جرير بن عبد الله وعلى مروان بن الحكم وعلى عبد الله بن عمر فدخل على المرأة وهي جالسة في بيتها فقال عمر : ان جرير بن عبد الله خطب وهو سيد أهل المشرق ومروان يخطب وهو سيد شباب قريش وعبد الله بن عمر وهو من قد علمتم وعمر بن الخطاب فكشفت المرأة الستر

أو وكله الولي في الايجاب والزوج في القبول خرج فيه وجهان بناء على الروايتين لانه ملك ذلك بالاذن وان زوج بنته الكبيرة[1] عبده الكبير لم يجز ذلك الا برضاها لانه لايكاد يكافئها فيخرج فيه أيضا وجهان ، وان زوجه ابنته الصغيرة لم يجز لانه لا يجوز له تزويجها من لا يكافئها وعنه يجوز وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى

(١) في نسخة الصغيرة

﴿ مسألة ﴾ قال (ولا يزوج كافر مسلمة بحال ، ولا مسلم كافرة إلا أن يكون المسلم سلطانا أو سيد أمة)

أما الكافر فلا ولاية له على مسلمة بحال باجماع أهل العلم منهم مالك والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي وقال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم وقال أبو الخطاب في الذمي اذا اسلمت أم ولده هل يلي نكاحها ؟ على وجهين (أحدهما) يليه لانها مملوكته فيلي نكاحها كالمسلم ولانه عقد عليها فيليه كاجارتها (والثاني) لا يليه لقول الله تعالى (والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض) ولانها مسلمة فلا يلي نكاحها كابنته ، فعلى هذا يزوجها الحاكم وهذا أولى لما ذكرنا من الاجماع وأما المسلم فلا ولاية له على الكافرة في غير السيد والسلطان وولي سيد الامة الكافرة وذلك لقول الله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) ولان مختلفي الدين لا يرث احدهما الآخر ولا يعقل عنه فلم يل عليه كما لو كان أحدهما رقيقا وأما سيد الامة الكافرة فله تزويجها لكافر لكونها لاتحل للمسلمين وكذلك ولي سيد الامة الكافرة يلي تزويجها لكافر لانها ولاية بالمال فلم يمنعها كون سيد الامة الكافرة مسلما

فقالت أجاز أمير المؤمنين ؟ فقال نعم فقالت قد انكحت أمير المؤمنين فأنكحوه فهذا عمر قد خطب على واحد بعد واحد قبل أن يعلم ما تقول المرأة في الاول (القسم الثالث) أن يوجد من المرأة ما يدل على الرضى والسكون تعريضاً لا تصريحاً كقولها ما أنت الا رضى وما عنك رغبة فهذه في حكم الاول لا تحل لغيره خطبتها هذا ظاهر كلام الخرقي وظاهر كلام أحمد فانه قال إذا ركن بعضهم إلى بعض فلا يحل لأحد أن يخطب والركون يستدل عليه بالتعريض تارة وبالتصريح أخرى قال القاضي ظاهر كلام أحمد إباحة خطبتها وهو مذهب الشافعي في الجديد لحديث فاطمة حيث خطبها النبي صلى الله عليه وسلم وزعموا أن الظاهر من كلامها ركونها إلى أحدهما ، واستدل القاضي بخطبته لها قبل سؤالها هل وجد منها ما يدل على الرضى أو لا

ولنا عموم قوله عليه الصلاة والسلام « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه » ولانه وجد منها ما دل على الرضى فحرمت خطبتها كما لو صرحت ، بذلك وأما حديث فاطمة فلا حجة لهم فيه فان فيه ما يدل على أنها لم تركن الى واحد منهما من وجهين (أحدهما) أن النبي صلى الله عليه وسلم قد كان قال لها « لا تسبقيني بنفسك » وفي رواية « اذا حللت فآذنيني » فلم تكن لتصاب بالاجابة قبل اذنه (الثاني)

كسائر الولايات ولان هذه تحتاج الى التزويج ولا ولي لها غير سيدها ، فأما السلطان فله الولاية على من لا ولي لها من أهل الذمة لان ولايته عامة على أهل دار الاسلام وهذه من أهل الدار فتثبت له الولاية عليها كالمسلمة ، وأما الكافر فتثبت له الولاية على أهل دينه على حسب ماذكرناه في المسلمين، ويعتبر فيهم الشروط المعتبرة في المسلمين ويخرج في اعتبار عدالته في دينه وجهان بناء على الروايتين في اعتبارها في المسلمين

(فصل) اذا تزوج المسلم ذمية فوليها الكافر يزوجها اياه ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي رضي الله عنه لانه وليها فصح تزويجه لها كما لو زوجها كافراً ، ولان هذه امرأة ولها ولي مناسب فلم يجز أن يليها غيره كما لو تزوجها ذمي ، وقال القاضي لا يزوجها الا الحاكم لان أحمد قال لا يعقد يهودي ولا نصراني عقد نكاح لمسلم ولا مسلمة، ووجهه أنه عقد يفتقر إلى شهادة مسلمين فلم يصح بولاية كافر كنكاح المسلمين والاول أصح والشهود يرادون لاثبات النكاح عند الحاكم بخلاف الولاية

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا زوجها من غيره أولى منه وهو حاضر ولم يعضلها فالنكاح فاسد)

هذه المسئلة تشتمل على أحكام ثلاثة (أحدها) أنه اذا زوجها الولي الأبعد مع حضور الولي الاقرب فاجابته الى تزويجها من غير اذنه لم يصح وبهذا قال الشافعي وقال مالك يصح لان هذا ولي له أن يزوجها باذنها كالاقرب

ولنا أن هذا مستحق بالتعصيب فلم يثبت للأبعد مع وجود الأقرب كالميراث ، وبهذا فارق القريب البعيد .

أنها ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم كالمستشيرة له فيهما أو في العدول عنهما وليس في الاستشارة دليل على أحد الامرين ولا ميل الى أحدهما على أنها انما ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم لترجع الى قوله ورأيه وقد أشار عليها بتركهما لما ذكر من عيبهما فجرى ذلك مجرى ردها لهما وتصريحها بمنعهما ، ومن وجه آخر وهو أن النبي صلى الله عليه وسلم قد سبقهما بخطبتها تعريضاً بقوله لها ما ذكرنا فكانت خطبته لها مبنية على الخطبة السابقة بخلاف ما نحن فيه ، فان لم يعلم الحال فعلى وجهين (أحدهما) لا يجوز لعموم النهي (والثاني) يجوز لان الاصل عدم الاجابة المحرمة

﴿مسئلة﴾ (والتعويل في الاجابة والرد عليها ان لم تكن مجبرة وان كانت مجبرة فعلى الولي)

أما اذا لم تكن مجبرة فلانها أحق بنفسها من وليها فان أجاب هو ورغبت عن النكاح كان الامر أمرها فان أجاب وليها فرضيت فهو كاجابتها وان سخطت فلا حكم لاجابته لان الحق لها ولو أجاب الولي في حق المجبرة فكرهت المجاب واختارت غيره سقط حكم اجابة وليها لكون اختيارها مقدما على اختياره وان كرهته ولم تختر سواه فينبغي أن يسقط حكم الاجابة أيضا لانه قد امر باستئمارها فلا ينبغي له أن يكرهها على من لا ترضاه ، وان أجابت ثم رجعت عن الاجابة وسخطته زال حكم الاجابة لان

(الحكم الثاني) ان هذا العقد بيع فاسد لا يقف على الاجازة ولا يصير بالاجازة صحيحاً وكذلك الحكم اذا زوج الاجنبي أو زوجت المرأة المعتبر اذنها بغير اذنها أو تزوج العبد بغير اذن سيده فالنكاح في هذا كله باطل في أصح الروايتين نص احمد عليه في مواضع وهو قول الشافعي وأبي عبيد وأبي ثور وعن أحمد رواية أخرى انه يقف على الاجازة فان أجازه جاز وإن لم يجزه فسد . قال احمد في صغير زوجه عمه فان رضي به في وقت من الاوقات جاز وإن لم يرض فسخ ، واذا زوجت اليتيمة فلها الخيار اذا بلغت ، وقال اذا زوج العبد بغير اذن سيده ثم علم السيد فان شاء أن يطلق عليه فالطلاق بيد السيد ، فان أذن في التزويج فالطلاق بيد العبد وهذا قول أصحاب الرأي في كل مسئلة يعتبر فيها الاذن وروي ذلك في النكاح بغير ولي عن علي بن أبي طالب وعن ابن سيرين والقاسم بن محمد والحسن ابن صالح واسحاق وأبي يوسف ومحمد لما روي أن جارية بكراً أتت النبي ﷺ فذكرت له أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ رواه أبو داود وابن ماجه

وروي ان فتاة أتت النبي ﷺ فقالت ان أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيسه قال فجعل الامر اليها فقالت قد اجزت ما صنع ابي ولكني أردت أن أعلم أن للنساء من الامر شيئا ، رواه ابن ماجه والنسائي ، وفي رواية ابن ماجه أردت ان يعلم النساء أن ليس الى الآباء من الامر شيء . ولانه عقد يقف على الفسخ فوقف على الاجازة كالوصية

ولنا قول النبي ﷺ « أيما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل » وقال « اذا نكح العبد بغير اذن سيده فنكاحه باطل » رواه أبو داود وابن ماجه الا أن أبا داود قال انه موقوف

لها الرجوع وكذلك اذا رجع الولي المجبر عن الاجابة زال حكمها لان له النظر في أمر موليته ما لم يقع العقد ، وان لم ترجع هي ولا وليها لكن ترك الخاطب الخطبة وأذن فيها جازت خطبتها لما روي في حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك رواه البخاري

(فصل) وخطبة الرجل على خطبة غيره في موضع النهي محرمة قال أحمد : لا يحل لأحد أن يخطب في هذه الحال وقال أبو حفص العكبري هي مكروهة غير محرمة وهذا نهي تأديب

ولنا ظاهر النهي فان مقتضاه التحريم ولانه نهي عن الاضرار بالآدمي المعصوم فكان على التحريم كالنهي عن أكل ماله فان فعل فنكاحه صحيح نص عليه أحمد فقال لا نفرق بينهما وهذا مذهب الشافعي وروي عن مالك وداود أنه لا يصح وهو قياس قول أبي بكر لانه قال في البيع على بيع أخيه هو باطل وهذا في معناه لانه نكاح منهي عنه فكان باطلا كنكاح الشغار

ولنا أن المحرم لم يقارن العقد فلم يؤثر كما لو صرح بالخطبة في العدة

(فصل) ولا يكره للولي الرجوع اذا رأى المصلحة لها في ذلك لان الحق لها وهو نائب عنها

على ابن عمر . ولأنه عقد لا تثبت فيه أحكامه من الطلاق والخلع واللعان والتوارث وغيرها فلم ينعقد كنكاح المعتدة . فأما حديث المرأة التي خيرها النبي ﷺ فهو مرسل عن عكرمة رواه الناس كذلك ولم يذكروا ابن عباس قاله أبو داود . ثم يحتمل ان هذه المرأة هي التي قالت زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيسه فتخييرها لتزويجها من غير كفئها وهذا يثبت الخيار ولا يبطل النكاح . والوصية يتراخى فيها القبول وتجوز بعد الموت فهي معدول بها عن سائر التصرفات ولا تفريع على هذه الرواية لوضوحها . فأما على الرواية الاخرى فان الشهادة تعتبر في العقد لانها شرط له فيعتبر وجودها معه كالقبول ولا تعتبر في الاجازة لانها ليست بعقد ولانها اذا وجدت استند الملك الى حالة العقد حتى لو كان في العقد نماء ملك من حين العقد لا من حين الاجازة ، وان مات أحدهما قبل الاجازة لم يرثه الآخر لانه مات قبل تمام العقد وصحته . وفيه وجه آخر ان كان مما لو رفع الى الحاكم أجازه ورثه الآخر لأنه عقد يلزمه اجازته فهو كالصحيح وان كان مما يفسخه لم يرثه

(فصل) ومتى تزوجت المرأة بغير إذن وليها أو الامة بغير إذن سيدها فقد ذكره أصحابنا من جملة الصور التي فيها الروايتان ، والصحيح عندي انه لا يدخل فيها لتصريح النبي ﷺ فيه بالبطلان ولأن الاجازة انما تكون لعقد صدر من أهله في محله فان المرأة ليست أهلا له بدليل انه لو أذن لها فيه لم يصح منها ، واذا لم يصح مع الاذن المقارن فلأن لا يصح بالاجازة المتأخرة أولى ولا تفريع على هذا ، فأما على القول الآخر فمتى تزوجت المرأة بغير اذن الولي فرفع الى الحاكم لم يملك اجازته والامر فيه الى الولي

في النظر لها فلم يكره له الرجوع اذا رأى المصلحة كما لو ساوم في بيع دارها ثم رأى المصلحة في تركها ولا يكره لها أيضاً الرجوع اذا كرهت الخاطب لانه عقد عمر يدوم الضرر فيه فكان لها الاحتياط لنفسها والنظر في خطبتها وان رجعا عن ذلك لغير غرض كره لما فيه من اخلاف الوعد والرجوع عن القول ولم يحرم لان الحق بعد لم يلزمها كمن ساوم بسلعته ثم بدا له أن لا يبيعها

(فصل) فان كان الخاطب الاول ذمياً لم تحرم الخطبة على خطبته نص عليه أحمد فقال لا يخطب على خطبة أخيه ولا يساوم على سوم أخيه انما هو للمسلمين ، ولو خطب على خطبة يهودي أو نصراني أو ساوم على سومهم لم يكن داخلا في ذلك لأنهم ليسوا باخوة للمسلمين وقال ابن عبد البر لا يجوز أيضاً لان هذا أخرج مخرج الغالب لا لتخصيص المسلم به

ولنا أن لفظ النهي خاص في المسلمين والحاق غيره به انما يصح اذا كان مثله وليس الذمي كالمسلم ولا حرمته كحرمته ولذلك لم تجب اجابتهم في دعوة الوليمة ونحوها ، وقوله خرج مخرج الغالب قلنا متى كان في المخصوص معنى يصلح أن يعتبر في الحكم لم يجز حذفه ولا تعدية الحكم بدونه والاخوة الاسلامية لها تأثير في وجوب الاحترام وزيادة الاحتياط في رعاية حقوقه وحفظ قلبه واستبقاء مودته فلا يجوز حذف ذلك

فمتى رده بطل لان من وقف الحكم على اجازته بطل برده كالمرأة إذا زوجت بغير اذنها

وفيه وجه آخر انه اذا كان الزوج كفؤاً أمر الحاكم الولي باجازته فان لم يفعل أجازه الحاكم لانه لما امتنع من الاجازة صار عاضلا فانتقلت الولاية عنه الى الحاكم كما في ابتداء العقد، ومتى حصلت الاصابة قبل الاجازة ثم أجيز فالمهر واحد اما المسمى واما مهر المثل ان لم يكن مسمى لان الاجازة مستندة الى حالة العقد فيثبت الحل والملك من حين العقد كما ذكرنا في البيع، ولذلك لم يجب الحد، ومتى تزوجت الامة بغير اذن سيدها ثم خرجت من ملكه قبل الاجازة إلى من تحل له انفسخ النكاح لانه قد طرأت استباحة صحيحة على موقوفة فأبطلتها ولانها أقوى فأزالت الأضعف كما لو طرأ ملك يمينه على ملك نكاحه، وان خرجت الى من لا تحل له كالمرأة أو اثنين فكذلك أيضا لان العقد اذا وقف على اجازة شخص لم يجز باجازة غيره كما لو باع أمة غيره ثم باعها المالك فأجاز المشتري الثاني بيع الاجنبي

وفيه وجه آخر انه يجوز باجازة المالك الثاني لانه يملك ابتداء العقد فملك اجازته كالاول. ولا فرق بين أن يخرج ببيع أو إرث أوهبة أو غيره فأما ان أعتقها السيد احتمل أن يجوز النكاح لانه انما وقف لحق المولي فاذا أعتق سقط حقه فصح العقد، واحتمل أن لا يجوز لان إبطال حق المولى ليس باجازة ولان حق المولى ان بطل من الملك فلم يبطل من ولاية التزويج فانه يليها بالولاء

(فصل) وإذا زوجت التي يعتبر اذنها بغير إذنها وقلنا يقف على اجازتها فاجازتها بالنطق أو ما يدل على الرضى من التمكين من الوطء أو المطالبة بالمهر والنفقة، ولا فرق في ذلك بين البكر والثيب لان أدلة الرضى تقوم مقام النطق به ولذلك قال النبي ﷺ لبريرة « ان وطئك زوجك فلا خيار لك » جعل

(مسألة) (ويستحب عقد النكاح مساء يوم الجمعة)

لان جماعة من السلف استحبوا ذلك منهم ضمرة بن حبيب وراشد بن سعد وحبيب بن عتبة ولانه يوم شريف ويوم عيد وفيه خلق آدم عليه السلام، والمساء اولى فان ابا حفص روى باسناده عن ابي هريرة قال «قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مسوا بالاملاك فانه اعظم للبركة » ولانه أقرب الى مقصوده وأقل لانتظاره

(مسئلة) (ويستحب ان يخطب قبل العقد بخطبة ابن مسعود)

خطبة العاقد أو غيره قبل الايجاب والقبول مستحبة ثم يكون العقد بعد ذلك لقول النبي ﷺ « كل امر ذي بال لا يبدأ فيه بالحمد لله فهو أقطع » وقال « كل خطبة ليس فيها شهادة فهي كاليد الجذماء » رواهما ابن المنذر، ويجزيء من ذلك ان يحمد الله تعالى ويتشهد ويصلي على النبي ﷺ ويستحب ان يخطب بخطبة ابن مسعود التي قال علمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم التشهد في الصلاة والتشهد في الحاجة قال التشهد الحمد لله نحمده ونستعينه ونعوذ بالله من شرور انفسنا من يهدي الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له واشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمداً عبده ورسوله ويقرأ ثلاث آيات(اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن الا وانتم مسلمون * واتقوا الله الذي تساءلون به والارحام ان الله كان عليكم رقيبا * اتقوا

تمكينها دليلا على اسقاط حقها والمطالبة بالمهر والنفقة والتمكين من الوطء دليل على الرضى لان ذلك من خصائص العقد الصحيح فوجوده من المرأة دليل رضاها به

(الحكم الثالث) اذا عضلها الولي الاقرب انتقلت الولاية إلى الابعد نص عليه أحمد وعنه رواية أخرى تنتقل إلى السلطان وهو اختيار أبي بكر وذكر ذلك عن عثمان بن عفان رضي الله عنه وشريح وبه قال الشافعي لقول النبي ﷺ «فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له» ولان ذلك حق عليه امتنع من أدائه فقام الحاكم مقامه كما لو كان عليه دين وامتنع من قضائه

ولنا أنه تعذر التزويج من جهة الاقرب فملكه الأبعد كما لو جن ولانه يفسق بالعضل فتنتقل الولاية عنه كما لو شرب الخمر فان عضل الاولياء كلهم زوج الحاكم، والحديث حجة لنا لقوله «السلطان ولي من لا ولي له» وهذه لها ولي ويمكن حمله على ما إذا عضل الكل لان قوله «فان اشتجروا» ضمير جمع يتناول الكل، والولاية تخالف الدين من وجوه ثلاثة (أحدها) أنها حق الولي والدين حق عليه (الثاني) أن الدين لا ينتقل عنه والولاية تنتقل لعارض من جنون الولي وفسقه وموته

(الثالث) ان الدين لا يعتبر في بقائه العدالة، والولاية يعتبر لها ذلك وقد زالت العدالة بما ذكرنا فان قيل فلو زالت ولايته لما صح منه التزويج إذا أجاب اليه قلنا فسقه بامتناعه فاذا أجاب فقد نزع عن المعصية وراجع الحق فزال فسقه فلذلك صح تزويجه والله أعلم

(فصل) ومعنى العضل منع المرأة من التزويج بكفئها اذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه قال معقل بن يسار زوجت أختاً لي من رجل فطلقها حتى اذا انقضت عدتها جاء

الله وقولوا قولا سديداً يصلح) الآية رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن، قال الخلال ثنا ابو سليمان امام طرسوس قال كان احمد بن حنبل اذا حضر عقد نكاح فلم يخطب فيه بخطبة ابن مسعود قام وتركهم وهذا كان من أبي عبد الله على طريق المبالغة باستحبابها لا على الايجاب لها فان حرب بن اسماعيل قال قلت لأحمد فيجب ان تكون خطبة النكاح مثل قول ابن مسعود فوسع في ذلك وقد روى عن ابن عمر أنه كان اذا دعي لتزويج قال لا تفضوا علينا الناس الحمد لله وصلى الله على محمد ان فلانا يخطب اليكم فان انكحتموه فالحمد لله وان رددتموه فسبحان الله، والمستحب خطبة يخطبها الولي او الزوج او غيرهما فقال الشافعي المسنون خطبتان هذه التي ذكرناها في أوله وخطبة من الزوج قبل قبوله والمنقول عن النبي صلى الله وسلم وعن السلف خطبة واحدة وهو أولى ما اتبع

(فصل) وليست الخطبة واجبة عند احد من أهل العلم الا داود فانه اوجبها لما ذكرناه

ولنا ان رجلا قال للنبي صلى الله عليه وسلم زوجنيها فقال رسول الله صلى الله عليه زوجتكها بما معك من القرآن متفق عليه ولم يذكر خطبة وخطب الى ابن عمر مولاة له فما زاد على ان قال قد

تخطبها فقلت له زوجتك وأفرشتك وأكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها لا والله لا تعود اليك أبدا وكان رجلا لا بأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع اليه فأنزل الله تعالى هذه الآية (ولا تعضلوهن) فقلت الآن افعل يارسول الله قال فزوجها اياه رواه البخاري وسواء طلبت التزويج بمهر مثلها أو دونه وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لهم منعها من التزويج بدون مهر مثلها لان عليهم في ذلك عاراً وفيه ضرراً على نسائها لنقص مهر مثلهن

ولنا أن المهر خالص حقها وعوض يختص بها فلم يكن لهم الاعتراض عليها فيه كثمن عبدها وأجرة دارها ولانها لو أسقطته بعد وجوبه سقط كله فبعضه أولى ولان النبي ﷺ قال لرجل أراد أن يزوجه «التمس ولو خاتما من حديد» وقال لامرأة زوجت بنعلين «أرضيت بنعلين من نفسك؟» قالت نعم فأجازه النبي ﷺ وقولهم فيه عار عليهم ليس كذلك فان عمر قال لو كان مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله كان أولا كم بها رسول الله ﷺ يعني غلو الصداق فان رغبت في كفء بعينه وأراد تزويجها لغيره من أكفائها وامتنع من تزويجها من الذي أرادته كان عاضلا لها فأما ان طلبت التزويج بغير كفئها فله منعها من ذلك ولا يكون عاضلا لها بهذا لانها لو زوجت من غير كفئها كان له فسخ النكاح فلأن تمتنع منه ابتداء أولى.

«مسئلة» قال واذا كان وليها غائبا في موضع لا يصل اليه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه زوجها من هو أبعد منه من عصبتها فان لم يكن فالسلطان)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين

(أولهما) ان الاقرب اذا غاب غيبة منقطعة فللابعد من عصبتها تزويجها دون الحاكم وبهذا قال

انكحتك على ما أمر الله على امساك بمعروف او تسريح باحسان وقال جعفر بن محمد عن ابيه ان كان الحسين يتزوج بعض بنات الحسن وهو يتعرق العرق رواهما ابن المنذر وروى ابو داود باسناده عن رجل من بني سليم قال خطبت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم امامة بنت عبد المطلب فانكحني من غير ان يتشهد ولانه عقد معاوضة فلم تجب فيه الخطبة كالبيع وما استدلوا به يدل على عدم الكمال بدون الخطبة لا على الوجوب

﴿مسئلة﴾ (يستحب ان يقال للمتزوج بارك الله لكما وعليكما وجمع بينكما في خير وعافية)

وقد روى ان النبي صلى الله عليه وسلم رأى على عبد الرحمن ابن عوف صفرة فقال «ماهذا؟» قال اني تزوجت على وزن نواة قال «بارك الله لك أولم ولو بشاة» متفق عليه قال بعض أهل العلم وزن نواة خمسة دراهم وذلك ثلاثة مثاقيل ونصف من الذهب وقال المبرد الصواب عند أهل العربية ان يقال نواة فحسب فان النواة

أبو حنيفة وقال الشافعي يزوجها الحاكم لانه تعذر الوصول الى النكاح من الاقرب مع بقاء ولايته فيقوم الحاكم مقامه كما لو عضلها ولان الابعد محجوب بولاية الاقرب فلا يجوز له التزويج كما لو كان حاضراً ودليل بقاء ولايته انه لو زوج من حيث هو أو وكل صح

ولنا قوله عليه السلام « السلطان ولي من لاولي له » وهذه لها ولي فلا يكون السلطان وليها ، ولان الاقرب تعذر حصول التزويج منه فثبتت الولاية لمن يليه من العصبات كما لو جن أو مات ولانها حالة يجوز فيها التزويج لغير الاقرب فكان ذلك للابعد كالاصل واذا عضلها الاقرب فهو كمسئلتنا

(والفصل الثاني) في الغيبة المنقطعة التي يجوز للابعد التزويج في مثلها ففي قول الخرقي هي من لا يصل اليه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه لان مثل هذا تتعذر مراجعته بالكلية فتكون منقطعة أي ينقطع من امكان تزويجها ، وقال القاضي يجب أن يكون حد المسافة أن لاترد القوافل فيه في السنة إلا مرة لان الكفء ينتظر سنة ولا ينتظر أكثر منها فيلحق الضرر بترك تزويجها

وقد قال احمد في موضع : اذا كان الاب بعيد السفر يزوج الاخ ، قال ابو الخطاب فيحتمل انه أراد بالسفر البعيد ماتقصر فيه الصلاة لان ذلك هو السفر الذي علقت عليه الاحكام، وذهب أبو بكر الى أن حدها مالا يقطع إلا بكلفة ومشقة، لان احمد قال اذا لم يكن ولي حاضر من عصبتها كتب اليهم حتى يأذنوا إلا أن تكون غيبة منقطعة لاتدرك إلا بكلفة ومشقة فالسلطان ولي من لا ولي له وهذا القول ان شاء الله تعالى أقربها الى الصواب فان التحديدات بابها التوقيف ولا توقيف في هذه المسئلة فترد الى مايتعارفه الناس بينهم مما لم تجر العادة بالانتظار

عندهم اسم خمسة دراهم كما ان الاوقيه اربعون درهما والنش عشرون

(مسئلة) (ويقول اذا زفت اليه اللهم اني أسألك خيرها وخير ماجبلتها عليه وأعوذ بك من شرها وشر ماجبلتها عليه)

لما روى صالح بن أحمد في مسائله عن أبيه ثنا داود عن أبي نضرة عن ابي اسعد مولى أبي أسيد قال تزوج فحضره عبد الله بن مسعود وأبو ذر وحذيفة وغيرهم من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فحضرت الصلاة فقدموه وهو مملوك فصلى بهم ثم قالوا له اذا دخلت على أهلك فصل ركعتين ثم خذ رأس اهلك فقل اللهم بارك لي في أهلي وبارك لاهلي في وارزقهم مني وارزقني منهم ثم شأنك وشأن أهلك وروى ابو داود باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « اذا تزوج امرأة واشترى خادما فليقل اللهم انى أسألك خيرها وخيرما جبلتها عليه وأعوذ بك من شرها وشرما جبلتها عليه واذا اشترى بعيراً فليأخذ بذروة سنامه وليقل مثل ذلك

(باب اركان النكاح وشروطه)

اركانه الايجاب والقبول فلا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج بالعربية لمن يحسنها وبمعناهما الخاص بكل لسان لمن لا يحسنها

فيه ويلحق المرأة الضرر بمنعها من التزويج في مثله فانه يتعذر في ذلك الوصول الى المصلحة من نظر الاقرب فيكون كالمعدوم والتحديد بالعام كبير فان الضرر يلحق بالانتظار في مثل ذلك ويذهب الخاطب ومن لا يصل الكتاب منه أبعد ومن هو على مسافة القصر لا تلحق المشقة في مكاتبته والتوسط أولى والله أعلم

واختلف أصحاب أبي حنيفة في الغيبة المنقطعة فقال بعضهم كقول القاضي وبعضهم قال من الري إلى بغداد وبعضهم قال من البصرة الى الرقة وهذان القولان يشبهان قول أبي بكر واختلف أصحاب الشافعي في الغيبة التي يزوج فيها الحاكم فقال بعضهم مسافة القصر، وقال بعضهم يزوجها الحاكم، وإن كان الولي قريبا وهو ظاهر نص الشافعي وظاهر كلام احمد انه اذا كانت الغيبة منقطعة انه ينتظر ويراسل حتى يقدم أو يوكل

(فصل) وان كان القريب محبوساً أو أسيراً في مسافة قريبة لا تمكن مراجعته فهو كالبعيد فان البعد لم يعتبر لعينه بل لتعذر الوصول إلى التزويج بنظره وهذا موجود ههنا ولذلك ان كان غائبا لا يعلم قريب أم بعيد أو يعلم أنه قريب ولم يعلم مكانه فهو كالبعيد

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا زوجت من غير كفء فالنكاح باطل)

اختلفت الرواية عن أحمد في اشتراط الكفاءة لصحة النكاح فروي عنه أنها شرط له قال إذا تزوج المولى العربية فرق بينهما وهذا قول سفيان وقال أحمد في الرجل يشرب الشراب ما هو

وجملته ان النكاح ينعقد بلفظ النكاح والتزويج والجواب عنهما اجماعاً وهما اللذان ورد بهما نص الكتاب في قوله سبحانه (زوجناكها) وقوله (ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء) وسواء اتفقا من الجانبين او اختلفا مثل ان يقول زوجتك ابنتي فيقول قبلت هذا النكاح أو هذا التزويج ولا ينعقد بغير هذين اللفظين وبه قال عطاء وسعيد بن المسيب والزهري وربيعة والشافعي وقال الثوري والحسن ابن صالح وابو حنيفة واصحابه وأبو ثور وأبو عبيد ينعقد بلفظ الهبة والصدقة والبيع والتمليك وفي لفظ الاجارة عن أبي حنيفة روايتان وقال مالك ينعقد بذلك اذا ذكر المهر واحتجوا بان النبي صلى الله عليه وسلم زوج رجلا امرأة فقال « ملكتكها بما معك من القرآن » رواه البخاري ولانه لفظ ينعقد به تزويج النبي صلى الله عليه وسلم فانعقد به نكاح امته كلفظ الانكاح والتزويج ولانه امكن تصحيحه بمجازه فوجب تصحيحه كايقاع الطلاق بالكنايات

ولنا قوله تعالى (وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي - الى قوله - خالصة لك من دون المؤمنين) فذكر ذلك خالصاً لرسول الله ﷺ ولانه لفظ ينعقد به غير النكاح فلم ينعقد به النكاح كلفظ الاجارة والاباحة والاحلال ولانه ليس بصريح في النكاح فلا ينعقد به كالذي ذكرنا وهذا لان الشهادة شرط في النكاح والكناية انما

بكفء لما يفرق بينهما وقال لو كان المتزوج حائكا فرقت بينهما لقول عمر رضي الله عنه لامنعن فروج ذوات الاحساب إلا من الا كفاء رواه الخلال بإسناده

وعن أبي اسحاق الهمداني قال خرج سلمان وجرير في سفر فأقيمت الصلاة فقال جرير لسلمان تقدم أنت قال سلمان بل أنت تقدم فانكم معشر العرب لا يتقدم عليكم في صلاتكم ، ولا تنكح نساؤكم، إن الله فضلكم علينا بمحمد ﷺ وجعله فيكم ولان التزويج مع فقد الكفاءة تصرف في حق من يحدث من الاولياء بغير اذنه فلم يصح كما لو زوجها بغير اذنها

وقد روي ان النبي ﷺ قال : « لا تنكحوا النساء إلا من الاكفاء ولا تزوجوهن إلا الاولياء » رواه الدار قطني الا أن ابن عبد البر قال : هذا ضعيف لا أصل له ولا يحتج بمثله

والرواية الثانية عن أحمد أنها ليست شرطا في النكاح وهذا قول أكثر أهل العلم ، روي نحو هذا عن عمر وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز وعبيد بن عمير وحماد بن أبي سلمان وابن سيرين وابن عون ومالك والشافعي وأصحاب الرأي لقوله تعالى (ان أكرمكم عند الله أتقاكم) وقالت عائشة رضي الله عنها إن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة تبنى سالما وأنكحه ابنة أخيه هند ابنة الوليد بن عتبة وهو مولى لامرأة من الانصار أخرجه البخاري وأمر النبي ﷺ فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد مولاه فنكحها بأمره متفق عليه وزوج اباه زيد بن حارثة ابنة عمته زينب بنت جحش الاسدية وقال ابن مسعود لاخته انشدك الله أن تزوجي الا مسلما وان كان أحمر روميا أو اسود حبشيا ولان الكفاءة لا تخرج عن كونها حقا للمرأة أو الاولياء أو لهما فلم يشترط وجودها كالسلامة من العيوب

تعقل بالنية ولا يمكن الشهادة على النية لعدم اطلاعهم عليها فيجب ان لا ينعقد وبهذا فارق بقية العقود والطلاق واما الخبر فقد روى «زوجتكها وانكحتكها وزوجناكها» من طرق صحيحة والقصة واحدة فالظاهر ان الراوي روى بالمعنى ظنا منه ان معناهما واحد فلا يكون حجة وان كان النبي صلى الله عليه وسلم جمع بين الالفاظ فلا حجة لهم فيه لان النكاح انعقد باحدها والباقي فضلة

(فصل) ومن قدر على لفظ النكاح بالعربية لم يصح عقده بغيرها وهذا احد أقوال الشافعي وعند أبي حنيفة ينعقد لانه أتى بلفظه الخاص فانعقد به كما ينعقد بالعربية

ولنا انه عدل عن لفظ الانكاح والتزويج مع القدرة عليه فلم يصح كلفظ الاحلال ولان الشهادة شرط في النكاح وهي واقعة على اللفظ وغير هذا اللفظ ليس بموضوع للنكاح وانما يصرف اليه بالنية ولا شهادة عليها فيخلو النكاح عن الشهادة وماقاله ابو حنيفة أقيس قياساً على سائر العقود وما ذكروه من تعذر الشهادة على غير العربية ملغي بما اذا لم يحسن العربية

(فصل) فأما من لا يحسن العربية فيصح منه عقد النكاح بلسانه لانه عاجز عما سواه فسقط عنه

وقد روي أن أبا هند حجم النبي ﷺ في اليافوخ فقال النبي ﷺ « يابني بياضة أنكحوا أبا هند وأنكحوا اليه » رواه أبو داود إلا أن أحمد ضعفه وأنكره انكاراً شديداً والصحيح أنها غير مشترطة وما روي فيها يدل على اعتبارها في الجملة ولا يلزم منه اشتراطها وذلك لان الزوجة وكل واحد من الاولياء له فيها حق ومن لم يرض منهم فله الفسخ ولذلك لما زوج رجل ابنته من ابن أخيه ليرفع بها خسيسته جعل لها النبي ﷺ الخيار فأجازت ماصنع أبوها ولو فقد الشرط لم يكن لها خيار فاذا قلنا باشتراطها فانما نعتبر وجودها حال العقد فان عدمت بعده لم يبطل النكاح لان شروط النكاح انما تعتبر لدى العقد وان كانت معدومة حال العقد فالنكاح فاسد حكمه حكم العقود الفاسدة على ما مضى فان قلنا ليست شرطا فرضيت المرأة والاولياء كلهم صح النكاح وإن لم يرض بعضهم فهل يقع العقد باطلا من أصله أو صحيحاً ؟ فيه روايتان عن احمد وقولان للشافعي .

(أحدهما) أنه باطل ، لان الكفاءة حق لجميعهم والعاقد متصرف فيها بغير رضاهم فلم يصح كتصرف الفضولي .

و (الثانية) هو الصحيح بدليل أن المرأة التي رفعت إلى النبي ﷺ أن أباها زوجها من غير كفئها خيرها ولم يبطل النكاح من أصله ولان العقد وقع بالاذن والنقص الموجود فيه لا يمنع صحته وإنما يثبت الخيار كالعيب من العنة وغيرها فعلى هذه الرواية لمن لم يرض الفسخ ، وبهذا قال الشافعي ومالك وقال أبو حنيفة إذا رضيت المرأة وبعض الاولياء لم يكن لباقي الاولياء فسخ لان هذا الحق لا يتجزأ وقد أسقط بعض الشركاء حقه فسقط جميعه كالقصاص

كالاخرس ويحتاج الى ان يأتي بمعناهما الخاص بحيث يشتمل على معنى اللفظ العربي

(مسئلة) (فان قدر على تعلمها بالعربية لم يلزمه ذلك)

وفيه وجه ذكره ابو الخطاب انه يلزمه لان ما كانت العربية شرطاً فيه لزمه ان يتعلمها مع القدرة كالتكبير

ولنا ان النكاح غير واجب فلم يجب تعلم اركانه بالعربية كالبيع بخلاف التكبير

(مسئلة) (والقبول ان يقول قبلت هذا النكاح او ما يقوم مقامه في حق من لايحسن)

فان كان احد المتعاقدين يحسن العربية دون الاخر أتي الذي يحسن العربية بها والاخر يأتي بلسانه فان كان أحدهما لايحسن لسان الآخر احتاج ان يعلم ان اللفظة التى أتى بها صاحبه لفظة الانكاح بان يخبره بذلك ثقة يعرف اللسانين جميعاً

(فصل) وأما الاخرس فان فهمت إشارته صح نكاحه بها لانه معنى لا يستفاد الا من جهته فصح باشارته كبيعه وطلاقه ولعانه وفي اشارة القادر على النطق وجهان ذكرهما في المجرد اولهما عدم الصحة للاستغناء عنها وان لم تفهم اشارته لم يصح منه كما لا يصح غيره من التصرفات القولية ولان النكاح عقد

ولنا أن كل واحد من الاولياء يعتبر رضاه فلم يسقط برضى غيره كالمرأة مع الولي فأما القصاص فلا يثبت لكل واحد كاملا فاذا سقط بعضه تعذر استيفاؤه وهمنا بخلافه ولانه لو زوجها بدون مهر مثلها ملك الباقون عندم الاعتراض مع أنه خالص حقها فههنا مع أنه حق لهم أولى وسواء كانوا متساوين في الدرجة أو متفاوتين فزوج الاقرب مثل أن يزوج الاب بغير كفء فان للاخوة الفسخ وقال مالك والشافعي ليس لهم الفسخ اذا زوج الاقرب لأنه لاحق للابعد معه فرضاؤه لا يعتبر

ولنا أنه ولي في حال يلحقه العار بفقد الكفاءة فملك الفسخ كالمتساويين

﴿ مسئلة ﴾ قال (والكفء والدين والمنصب)

يعني بالمنصب الحسب وهو النسب ، واختلفت الرواية عن أحمد في شروط الكفاءة فعنه هما شرطان الدين والمنصب ، وعنه أنها خمسة هذان والحرية والصناعة واليسار

وذكر القاضي في المجرد ان فقد هذه الثلاثة لا يبطل النكاح رواية واحدة وانما الروايتان في الشرطين الاولين قال ويتوجه ان المبطل عدم الكفاءة في النسب لاغير لانه نقص لازم وما عداه غير لازم ولا يتعدى نقصه إلى الولد . وذكر في الجامع الروايتين في جميع الشروط . وذكره أبو الخطاب أيضا ، وقال مالك : الكفاءة في الدين لاغير . قال ابن عبد البر هذا جملة مذهب مالك وأصحابه وعن الشافعي كقول مالك وقول آخر أنها الخمسة التي ذكرناها والسلامة من العيوب الاربعة فتكون ستة وكذلك قول أبي حنيفة والثوري والحسن بن حي إلا في الصنعة والسلامة من العيوب الاربعة ولم يعتبر محمد بن الحسن الدين الا أن يكون ممن يسكر ويخرج ويسخر منه الصبيان فلا يكون كفؤاً لان الغالب على الجند الفسق ويعد ذلك نقصا

بين شخصين فلا بد من فهم كل واحد منهما ما يصدر عن صاحبه ولو فهم ذلك صاحبه العاقد معه لم يصح حتى يفهم الشهود أيضاً لان الشهادة شرط ولا يصح على ما لا يفهم قال أحمد لا يزوجه وليه يعني اذا كان بالغاً لان الخرس لا يوجب الحجر كالصمم

﴿ مسئلة ﴾ (فان اقتصر على قوله قبلت بأن يقول الولي زوجتك ابنتي فيقول قبلت صح وانعقد النكاح)

وقال الشافعي في أحد قوليه لا ينعقد حتى يقول قبلت هذا النكاح أو هذا التزويج لانه كناية في النكاح يفتقر الى النية والاضمار فلم ينعقد به كلفظ الهبة والبيع

ولنا أن القبول صريح في الجواب فانعقد به كما ينعقد به البيع وسائر العقود وقولهم يفتقر الى النية ممنوع فانه جواب لا ينصرف الا الى الذكور وكذلك ان قال الخاطب للولي أزوجت؟ قال نعم وللمتزوج أقبلت؟ قال نعم صح . ذكره الخرقي ويحتمل أن لا يصح لان النكاح انما يصح بلفظ الانكاح والتزويج ولا نطق الولي بواحد منهما ولا نطق المتزوج بالقبول وقال الشافعي لا ينعقد حتى يقول معه زوجتك

والدليل على اعتبار الدين قوله تعالى (أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون) ولان الفاسق مرذول مردود الشهادة والرواية غير مأمون على النفس والمال مسلوب الولاية ناقص عند الله وعند خلقه قليل الحظ في الدنيا والآخرة فلا يجوز أن يكون كفؤاً لعفيفة ولا مساويا لها لكن يكون كفؤاً لمثله. فأما الفاسق من الجند فهو ناقص عند أهل الدين والمروآت

والدليل على اعتبار النسب في الكفاءة قول عمر لأمنعن فروج ذوات الاحساب إلا من الاكفاء. قال قلت وما الاكفاء؟ قال في الاحساب. رواه أبو بكر عبد العزيز باسناده، ولان العرب يعدون الكفاءة في النسب ويأنفون من نكاح الموالي ويرون ذلك نقصا وعاراً فاذا أطلقت الكفاءة وجب حملها على المتعارف ولان في فقد ذلك عاراً ونقصا فوجب أن يعتبر في الكفاءة الدين

(فصل) واختلفت الرواية عن أحمد فروي عنه ان غير قريش من العرب لا يكافئها وغير بني هاشم لا يكافئهم وهذا قول عن بعض أصحاب الشافعي لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « ان الله اصطفى كنانة من ولد اسماعيل واصطفى من كنانة قريشا واصطفى من قريش بني هاشم واصطفاني من بني هاشم » ولان العرب فضلت على الامم برسول الله ﷺ وقريش أخص به من سائر العرب وبنو هاشم أخص به من قريش وكذلك قال عثمان وجبير بن مطعم ان اخواننا من بني هاشم لا تنكر فضلهم علينا لمكانك الذي وضعك الله به منهم

وقال أبو حنيفة لا تكافئ العجم العرب ولا العرب قريشا، وقريش كلهم أكفاء لان ابن عباس قال قريش بعضهم أكفاء بعض [والرواية الثانية] عن أحمد ان العرب بعضهم لبعض أكفاء والعجم

بنتي ويقول الزوج قبلت هذا التزويج لان هذين ركنا العقد فلا ينعقد بدونهما

ولنا أن نعم جواب لقوله زوجتك وقبلت والسؤال مضمر في الجواب معاد فيه فيكون معنى نعم من الولي زوجته ابنتي ومعنى نعم من المتزوج قبلت هذا التزويج ولا احتمال فيه فيجب أن ينعقد به ولذلك لما قال الله تعالى (هل وجدتم ما وعد ربكم حقا؟ قالوا نعم) كان اقراراً منهم بوجدان ذلك أنهم وجدوا ماوعدهم ربهم حقا، ولو قيل لرجل لي عليك الف درهم قال نعم كان إقراراً صريحا لا يفتقر الى نية ولا يرجع في ذلك إلى تفسيره وبمثله تقطع اليد في السرقة وهو حد يدرأ بالشبهات فوجب أن ينعقد به التزويج كما لو لفظ بذلك

﴿ مسئلة ﴾ (فان تقدم القبول الايجاب لم يصح)

سواء كان بلفظ الماضي مثل أن يقول تزوجت ابنتك فيقول زوجتك أو بلفظ الطلب كقوله زوجني ابنتك فيقول زوجتكها وقال ابو حنيفة ومالك والشافعي يصح فيهما جميعاً لانه قد وجد الايجاب والقبول فصح كما لو تقدم الايجاب

ولنا أن القبول انما يكون للايجاب فمتى وجد قبله لم يكن قبولا لعدم معناه فلم يصح كما لو تقدم

بعضهم لبعض أكفاء لان النبي ﷺ زوج ابنتيه عثمان وزوج أبا العاص بن الربيع زينب وهما من بني عبد شمس ، وزوج علي عمر ابنته أم كلثوم وتزوج عبد الله بن عمرو بن عثمان فاطمة بنت الحسين ابن علي وتزوج المصعب بن الزبير أختها سكينة وتزوجها أيضا عبد الله بن عثمان بن حكيم بن حزام وتزوج المقداد بن الاسود ضباعة ابنة الزبير بن عبد المطلب ابنة عم رسول الله ﷺ وزوج أبو بكر أخته أم فروة الاشعث بن قيس وهما كنديان وتزوج أسامة بن زيد فاطمة بنت قيس وهي من قريش ولان العجم والموالي بعضهم لبعض أكفاء وان تفاضلوا وشرف بعضهم على بعض وكذلك العرب

(فصل) فأما الحرية فالصحيح أنها من شروط الكفاءة فلا يكون العبد كفؤاً لحرة لان النبي ﷺ خير بريرة حين عتقت تحت عبد فاذا ثبت الخيار بالحرية الطارئة فبالحرية المقارنة أولى لان نقص الرق كبير وضرره بين فانه مشغول عن امرأته بحقوق سيده ولا ينفق نفقة الموسرين ولا ينفق على ولده وهو كالمعدوم بالنسبة إلى نفسه ، ولا يمنع صحة النكاح لان النبي ﷺ قال لبريرة « لو راجعتيه » قالت يارسول الله أتأمرني ؟ قال « انما أنا شفيع » قالت فلاحاجة لي فيه ، رواه البخاري ، ومراجعتها له ابتداء النكاح فانه قد انفسخ نكاحها باختيارها ولا يشفع اليها النبي ﷺ في أن تنكح عبداً إلا والنكاح صحيح

(فصل) فأما اليسار ففيه روايتان [إحداهما] هو شرط في الكفاءة لقول النبي ﷺ « الحسب المال » وقال « ان احساب الناس بينهم في هذه الدنيا هذا المال » وقال لفاطمة بنت قيس حين أخبرته ان معاوية خطبها « أما معاوية فصعلوك لا مال له » ولان على الموسرة ضررا في إعسار زوجها لاخلاله بنفقتها ومؤنة أولادها ولهذا ملكت الفسخ باخلاله بالنفقة فكذلك اذا كان مقارنا ولان ذلك معدود

بلفظ الاستفهام ولانه لو تأخر عن الايجاب بلفظ الطلب لم يصح فاذا تقدم كان أولى لصيغة الاستفهام ولانه لو أتى بالصيغة المشروعة متقدمة فقال قبلت هذا النكاح فقال الولي زوجتك ابنتي لم يصح فلأن لايصح إذا أتى بغيرها أولى فان قالوا يصح كالبيع والخلع قلنا البيع لايشترط فيه صيغة الايجاب بل يصح بالمعاطاة ولا يتعين فيه لفظ بل يصح بأي لفظ كان اذا أدى المعنى ولا يلزم الخلع لانه يصح تعليقه على الشروط ويحتمل أن يصح اذا تقدم بلفظ الطلب لان في حديث المرأة التي وهبت نفسها للنبي ﷺ فقامت طويلا فقال رجل يارسول الله زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة فقال النبي ﷺ « زوجتكها بما معك من القرآن » وهو حديث صحيح رواه البخاري ولم ينقل أنه قال قبلت ولا ما يؤدي معناه والظاهر أنه لو وجد منه لفظ لنقل وعلى قياس ذلك اذا تقدم بلفظ الماضي

(فصل) اذا عقد النكاح هزلا أو تلجئة صح لان النبي ﷺ قال « ثلاث هزلهن جد وجدهن جد الطلاق والنكاح والرجعة » رواه الترمذي ، وعن الحسن قال قال رسول الله ﷺ « من نكح لاعبا او طلق لاعبا أو أعتق لاعبا جاز » وقال عمر أربع جائزات اذا تكلم بهن الطلاق والعتاق والنكاح والنذر ، وقال علي أربع لا لعب فيهن الطلاق والعتاق والنكاح والنذر

نقصا في عرف الناس يتفاضلون فيه كتفاضلهم في النسب وأبلغ، قال نبيه بن الحجاج السهمي

سالتاني الطلاق ان رأتاني قل مالي قد جئتماني بنكر

ويكأن من له نشب يحبب ومن يفتقر يعش عيش ضر

فكان من شروط الكفاءة كالنسب (والرواية الثانية) ليس بشرط لان الفقر شرف في الدين وقد قال النبي ﷺ «اللهم احيني مسكينا وأمتني مسكينا» وليس هو أمراً لازما فأشبه العافية من المرض، واليسار المعتبر ما يقدر به على الانفاق عليها حسب ما يجب لها ويمكنه اداء مهرها

(فصل) فأما الصناعة ففيها روايتان أيضا (احداهما) أنها شرط فمن كان من أهل الصنائع الدنيئة كالحائك والحجام والحارس والكساح والدباغ والقيم والحامي والزبال فليس بكفء لبنات ذوي المروآت أو أصحاب الصنائع الجليلة كالتجارة والبناية لان ذلك نقص في عرف الناس فأشبه نقص النسب وقد جاء في الحديث «العرب بعضهم لبعض أكفاء الا حائكا أو حجاما» قيل لاحمد رحمه الله: وكيف تأخذ به وأنت تضعفه؟ قال العمل عليه، يعني انه ورد موافقا لاهل العرف، وروي أن ذلك ليس بنقص ويروى نحو ذلك عن أبي حنيفة لان ذلك ليس بنقص في الدين ولا هو لازم فأشبه الضعف والمرض، قال بعضهم

ألا انما التقوى هي العز والكرم وحبك للدنيا هو الذل والسقم

وليس على عبد تقي نقيصة اذا حقق التقوى وان حاك أو حجم

وأما السلامة من العيوب فليس من شروط الكفاءة فانه لا خلاف في أنه لا يبطل النكاح بعدمها

﴿مسئلة﴾ (وان تراخى القبول عن الايجاب صح ماداما في المجلس ولم يتشاغلا عنه بغيره)

لان حكم المجلس حكم حالة العقد بدليل صحة القبض فيما يشترط القبض فيه وثبوت الخيار في عقود المعاوضات

﴿مسئلة﴾ (فان تفرقا قبله بطل الايجاب)

لانه لا يوجد معناه فان الاعراض قد وجد من جهته بالتفرق فلا يكون قبولا وكذلك إذا تشاغلا بما قطعه لانه معرض عن العقد بالاشتغال عن قبوله، وعنه لا يبطل فان أبا طالب نقل عن احمد في رجل مشى اليه قوم فقالوا له زوج فلانا قال قد زوجته على الف فرجعوا الى الزوج فأخبروه فقال قد قبلت هل يكون هذا نكاحا؟ قال نعم. قال القاضي: هذا محمول على أنه وكل من قبل التزويج في المجلس، وقال ابو بكر مسئلة أبي طالب تتوجه على قولين، واختار أنه لابد من القبول في المجلس وهو الصحيح إن شاء الله تعالى

(فصل) فان أوجب النكاح ثم زال عقله بجنون أو إغماء بطل حكم الايجاب ولم ينعقد

ولكنها تثبت الخيار للمرأة دون الاولياء لان ضرره مختص بها ، ولوليها منعها من نكاح المجذوم والابرص والمجنون وما عدا هذا فليس بمعتبر في الكفاءة

(فصل) من أسلم أو عتق من العبيد فهو كفؤ لمن له أبوان في الاسلام والحرية ، وقال أبو حنيفة ليس بكفء وليس بصحيح فان الصحابة رضي الله عنهم أكثرهم أسلموا وكانوا أفضل الامة فلا يجوز أن يقال انهم غير أكفاء التابعين

(فصل) فأما ولد الزنا فيحتمل أن لا يكون كفؤا لذات نسب فان أحمد رحمه الله ذكر له أنه ينكح وينكح اليه فكأنه لم يحب ذلك لان المرأة تعير به هي ووليها ويتعدى ذلك الى ولدها ، وأما كونه ليس بكفء لعربية فلا إشكال فيه لانه أدنى حالا من المولى

(فصل) والموالي بعضهم لبعض أكفاء وكذلك العجم ، قال أحمد رحمه الله في رجل من بني هاشم له مولاة يزوجها الخراساني وقول النبي ﷺ « موالي القوم من أنفسهم » هو في الصدقة فأما النكاح فلينكح ، وذكر القاضي رواية عن أحمد ان مولى القوم كالقوم لهذا الخبر ولان النبي ﷺ زوج زيدا وأسامة عربيتين ولان موالي بني هاشم ساووهم في حرمان الصدقة فيساووهم في الكفاءة وليس هذا بصحيح فانه يوجب أن يكون الموالي أكفاء العرب فان المولى إذا كان كفء سيده كان كفؤا لمن يكافئه سيده فيبطل اعتبار المنصب ، وقد قال أحمد هذا الحديث في الصدقة لا في النكاح ، ولهذا لا يساووهم في استحقاق الخمس ولا في الامامة ولا في الشرف ، وأما زيد وأسامة فقد استدل

بالقبول بعده لانه ما لم يضامه القبول لم يكن عقداً فبطل بزوال العقل كالعقود الجائزة تبطل بالموت والجنون وهذا مذهب الشافعي ، وان نام لم يبطل حكم الايجاب لانه لا يبطل العقود الجائزة فكذلك هذا

(فصل) ولا يثبت الخيار في النكاح وسواء في ذلك خيار المجلس وخيار الشرط ولا نعلم أحداً خالف في هذا لان الحاجة غير داعية اليه فانه لا يقع في الغالب الا بعد روية وفكرة ومسئلة كل واحد من الزوجين عن صاحبه والمعرفة بحاله بخلاف البيع الواقع في الاسواق من غير فكر ولا روية ولان النكاح ليس بمعاوضة محضا ولهذا لا يعتبر فيه العلم بالمعقود عليه برؤية ولا صفة ويصح من غير تسمية العوض ومع فساده ولان ثبوت الخيار فيه يفضي إلى فسخه بعد ابتذال المرأة وفي فسخه بعد العقد ضرر بالمرأة ولذلك أوجب الطلاق قبل الدخول نصف الصداق

﴿ فصل ﴾ قال رضي الله عنه (وشروطه خمسة (أحدها) تعيين الزوجين) لان كل عاقد ومعقود عليه يجب تعيينهما كالمشتري والمبيع فان كانت المرأة حاضرة فقال زوجتك هذه صح فان الاشارة تكفي في التعيين فان زاد على ذلك بنتي هذه أو هذه فلانة كان تأكيداً

﴿ مسئلة ﴾ (فان قال زوجتك بنتي وله بنات لم يصح حتى يشير اليها أو يسميها أو يصفها بما تتميز

بنكاحهما عربيتين على أن فقد الكفاءة لا يبطل النكاح واعتذر أحمد عن تزويجها بأنهما عربيان فانهما من كلب وانما طرأ عليهم رق، فعلى هذا يكون هذا حكم كل عربي الاصل

(فصل) فأما أهل البدع فان أحمد قال في الرجل يزوج الجهمي يفرق بينهما وكذلك اذا زوج الواقفي اذا كان يخاصم ويدعو واذا زوج أخته من هؤلاء القطعة وقد كتب الحديث فهذا شر من جهمي يفرق بينهما، وقال لا يزوج بنته من حروري مرق من الدين ولا من الرافضي ولا من القدري فاذا كان لا يدعو فلا بأس، وقال من لم يربع بعلي في الخلافة فلا تناكحوه ولا تكلموه، قال القاضي والمقلد منهم يصح تزويجه ومن كان داعية منهم فلا يصح تزويجه

(فصل) والكفاءة معتبرة في الرجل دون المرأة فان النبي ﷺ لا مكافئ له وقد تزوج من أحياء العرب وتزوج صفية بنت حيي وتسرى بالاماء وقال «من كانت عنده جارية فعلمها وأحسن تعليمها وأحسن اليها ثم أعتقها وتزوجها فله أجران» متفق عليه ولان الولد يشرف بشرف أبيه لا بأمه فلم يعتبر ذلك في الام.

﴿مسئلة﴾ قال (واذا زوج الرجل ابنته البكر فوضعها في كفاية فالنكاح ثابت وان كرهت كبيرة كانت أو صغيرة)

أما البكر الصغيرة فلا خلاف فيها. قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الاب ابنته البكر الصغيرة جائز اذا زوجها من كفؤ ويجوز له تزويجها مع كراهيتها وامتناعها وقد دل على

به، وان لم يكن له الا ابنة واحدة صح)

اذا كانت المعقود عليها غائبة فقال زوجتك ابنتي وليس له سواها جاز فان سماها كان تأكيداً فان كان له أكثر من بنت واحدة فقال زوجتك ابنتي لم يصح حتى يضم الى ذلك ماتتميز به من اسم او صفة فيقول زوجتك ابنتي الكبرى او الوسطى او الصغرى فان سماها مع ذلك كان تأكيداً، وان قال زوجتك ابنتي عائشة او فاطمة صح فان كانت له ابنة واحدة اسمها فاطمة فقال زوجتك فاطمة لم يصح ولان هذا الاسم مشترك بينها وبين سائر الفواطم حتى يقول مع ذلك بنتي، وقال بعض الشافعية يصح اذا نوياها جميعا، ولا يصح هذا لان النكاح يعتبر فيه الشهادة على وجه يمكن أداؤها أداء يثبت به العقد وهذا متعذر في النية، ولذلك لو قال زوجتك بنتي وله بنات لم يصح حتى يميزها بلفظه ولو قال زوجتك فاطمة ابنة فلان احتاج أن يرفع في نسبها حتى يبلغ ماتتميز به عن النساء

(فصل) فان كانت له ابنتان كبرى اسمها عائشة وصغرى اسمها فاطمة فقال زوجتك ابنتي عائشة وقبل الزوج ذلك وهما ينويان الصغرى لم يصح ذكره ابو حفص، وقال القاضي يصح في التي نوياها وهذا غير صحيح لوجهين (أحدهما) أنهما لم يتلفظا بما يصح العقد بالشهادة عليه فأشبه مالو

جواز تزويج الصغيرة قول الله تعالى (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن) فجعل للائي لم يحضن عدة ثلاثة أشهر ولا تكون العدة ثلاثة أشهر إلا من الطلاق في نكاح أو فسخ فدل ذلك على أنها تزوج وتطلق ولا اذن لها فيعتبر وقالت عائشة (رض) تزوجني النبي ﷺ وأنا ابنة ست وبنى بي وأنا ابنة تسع . متفق عليه ومعلوم أنها لم تكن في تلك الحال ممن يعتبر اذنها

وروى الاثرم أن قدامة بن مظعون تزوج ابنة الزبير حين نفست فقيل له فقال ابنة الزبير إن مت ورثتني وإن عشت كانت امرأتي وزوج علي ابنته أم كلثوم وهي صغيرة عمر بن الخطاب رضي الله عنها . وأما البكر البالغة العاقلة فعن أحمد روايتان احداهما) له اجبارها على النكاح وتزويجها بغير اذنها كالصغيرة وهذا مذهب مالك وابن أبي ليلى والشافعي واسحاق .

(والثانية) ليس له ذلك واختارها ابو بكر وهو مذهب الاوزاعي والثوري وأبي عبيد وأبي ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال « لا تنكح الايم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن » فقالوا يارسول الله فكيف اذنها ؟ قال « أن تسكت » متفق عليه

وروى أبو داود وابن ماجه عن ابن عباس أن جارية بكراً أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ ولانها جائزة التصرف في مالها فلم يجز اجبارها كالثيب والرجل

ووجه الرواية الاولى ماروي عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ « الايم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن واذنها صماتها . رواه مسلم وأبو داود فلما قسم النساء قسمين وأثبت الحق

قال زوجتك عائشة فقط او مالو قال زوجتك ابنتي ولم يسمها واذا لم يصح فيما اذا لم يسمها ففيما اذا سماها بغير اسمها أولى أن لا يصح (الثاني) أنه لا يصح النكاح حتى تذكر المرأة بما تتميز به ولم يوجد ذلك فان اسم اختها لا يميزها بل يصرف العقد عنها ، وان كان الولي يريد الكبرى والزوج يقصد الصغرى لم يصح كما اذا خطب امرأة وتزوج غيرها لان القبول انصرف الى غير من وجد الايجاب فيه ويحتمل أن يصح اذا لم يتقدم ذلك مايصرف القبول الى الصغرى من خطبة ونحوها فان العقد بلفظه متناول الكبرى ولم يوجد مايصرفه عنها فصح كما لو نوياها ، ولو نوى الولي الصغرى والزوج الكبرى او نوى الولي الكبرى ولم يدر الزوج أيتهما هي فعلى الاول لا يصح التزويج لعدم النية منهما في التي تناولها لفظها وعلى الاحتمال الذي ذكرناه يصح في المعينة باللفظ لما ذكرنا

(فصل) فان كان له ابنة واحدة فقال الرجل زوجتك ابنتي وسماها بغير اسمها فقال القاضي يصح وهو قول اصحاب الشافعي لان قوله بنتي آكد من التسمية لأنها لا مشاركة فيها والاسم مشترك ولو قال زوجتك هذه وأشار اليها وسماها بغير اسمها صح على هذا التعليل

(مسألة) (وان قال ان وضعت زوجتي ابنة فقد زوجتكها لم يصح لانه تعليق النكاح على

لاحدهما دل على نفيه عن الآخر وهي البكر فيكون وليها أحق منها بها ودل الحديث على الاستئار ههنا والاستئذان مستحب في حديثهم ليس بواجب كما روى ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ « آمروا النساء في بناتهن » رواه ابو داود، وحديث التي خيرها رسول الله ﷺ مرسل ويحتمل أنها التي زوجها ابوها من ابن أخيه ليرفع بها خسيسه فتخييرها لذلك، ولان مالا يشترط في نكاح الصغيرة لا يشترط في نكاح الكبيرة كالنطق، وقول الخرقي فوضعها في كفاءة يدل على انه اذا زوجها من غير كفء فنكاحها باطل وهو احدى الروايتين عن احمد واحد قولي الشافعي لانه لايجوز له تزويجها من غير كفء فلم يصح كسائر الانكحة المحرمة ولانه عقد لوليته عقداً لاحظ لها فيه بغير اذنها فلم يصح كبيعه عقارها من غير غبطة ولا حاجة أو بيعه بدون ثمن مثله، ولانه نائب عنها شرعا فلم يصح تصرفه لها شرعا بما لاحظ لها فيه كالوكيل

(والثانية) يصح لانه عيب في المعقود عليه فلم يمنع الصحة كشراء المعيب الذي لا يعلم عيبه ويحتمل أن لا يصح النكاح إذا علم أن الزوج ليس بكفء، ويصح اذا لم يعلم ولانه إذا علم حرم عليه العقد فيطل لتحريمه بخلاف مالم يعلمه كالواشترى لها معيبا يعلم عيبه ويحتمل أن يصح نكاح الكبيرة لانه يمكن استدراك الضرر باثبات الخيار لها فتفسخ ان كرهت وإن لم تفسخ كان كاجازتها واذنها بخلاف نكاح الصغيرة على القول بصحته فان كانت كبيرة فلها الخيار ولا خيار لابيها اذا كان عالما لانه أسقط حقه برضاه وإن كانت صغيرة فعليه الفسخ ولا يسقط برضاه لانه يفسخ لحظها وحقها لا يسقط برضاه ويحتمل أن لا يكون له الفسخ ولكن يمنع الدخول عليها حتى تبلغ وتختار فان كان لها

شرط والنكاح لا يتعلق على شرط ولان هذا مجرد وعد لا ينعقد به عقد وكذلك لو قال زوجتك حمل هذه المرأة لم يصح لأنها لم يثبت لها حكم البنات قبل الظهور في غير الارث والوصية ولانه لا يتحقق أن في البطن بنتاً فأشبه ما لو قال زوجتك من في هذه الدار وهما لا يعلمان ما فيها

(فصل) فان خطب امرأة فزوج بغيرها مثل أن يخطب الرجل امرأة بعينها فيجاب إلى ذلك ثم يوجب له النكاح في غيرها وهو يعتقد أنها التي خطبها فيقبل ولا ينعقد النكاح لان القبول انصرف إلى غير من وجد الايجاب فيه فلم يصح كما لو ساومه بثوب وأوجب العقد في غيره بغير علم المشتري فلو علم الحال بعد ذلك فرضي لم يصح قال أحمد رجل خطب جارية فزوجوه أختها ثم علم بعد يفرق بينهما ويكون الصداق على وليها لانه غره ويجهز اليه أختها التي خطبها بالصداق الاول فان كانت تلك قد ولدت منه لحق به الولد

قال شيخنا وقوله يجهز اليه أختها يعني والله أعلم بعقد جديد بعد انقضاء عدة هذه ان كان أصابها لان العقد الذي عقده لم يصح في واحدة منهما لان الايجاب صدر في إحداهما أيهما كان جاز، وقال أحمد في رجل تزوج امرأة فأدخلت عليه أختها لها المهر بما أصاب منها ولاختها المهر قيل يلزمه مهران

ولي غير الاب فلها الفسخ على ما مضى وعلى كلتا الروايتين فلا يحل له تزويجها من غير كفء، ولا من معيب لان الله تعالى أقامه مقامها ناظراً لها فيما فيه الحظ ومتصرفا لها لعجزها عن التصرف في نفسها فلا يجوز له فعل ما لا حظ لها فيه كما في مالها ولانه اذا حرم عليه التصرف في مالها بما لا حظ فيه ففي نفسها أولى

﴿ مسئلة ﴾ قال (وليس هذا لغير الأب)

يعني ليس لغير الاب اجبار كبيرة ولا تزويج صغيرة جداً كان أو غيره وبهذا قال مالك وأبو عبيد والثوري وابن أبي ليلى وبه قال الشافعي إلا في الجد فانه جعله كالاب لان ولايته ولاية إيلاد فملك إجبارها كالاب، وقال الحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء وطاوس وقتادة وابن شبرمة والاوزاعي وأبو حنيفة لغير الاب تزويج الصغيرة ولها الخيار اذا بلغت وقال هؤلاء غير أبي حنيفة اذا زوج الصغيرين غير الاب فلهما الخيار اذا بلغا. قال أبو الخطاب وقد نقل عبد الله عن أبيه كقول أبي حنيفة لان الله تعالى قال (وان خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء) فمفهومه انه اذا لم يخف فله تزويج اليتيمة واليتيم من لم يبلغ لقول النبي ﷺ « لا يتم بعد احتلام » قال عروة سألت عائشة عن قول الله تعالى (وان خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى) فقالت يا ابن أختي هذه اليتيمة تكون في حجر وليها ويشركها في مالها ويعجبه مالها وجمالها فيريد أن يتزوجها بغير ان يقسط في صداقها فيعطيها مثلما يعطيها غيره فنهوا عن نكاحهن الا أن يقسطوا فيهن ويبلغوا أعلى سنتهن في الصداق متفق عليه ولانه ولي في النكاح فملك التزويج كالاب .

قال نعم ويرجع على وليها، هذه مثل التي بها برص أو جذام علي يقول ليس عليه غرم، وهذا ينبغي أن يكون في امرأة جاهلة بالحال أو بالتحريم أما إذا علمت أنها ليست زوجة وانها محرمة عليه وأمكنته من نفسها فلا ينبغي أن يجب لها صداق لانها زانية مطاوعة فأما ان جهل الحال فلها المهر ويرجع به على من غره وروي عن علي رضي الله عنه في رجلين تزوجا امرأتين فزفت كل امرأة إلى زوج الاخرى لها الصداق ويعتزل كل واحد منهما امرأته حتى تنقضي عدتها وبه قال النخعي والشافعي وأصحاب الرأي.

﴿ فصل ﴾ قال رضي الله عنه (الثاني رضا الزوجين فان لم يرضيا أو أحدهما لم يصح)

رضا الزوجين أو من يقوم مقامهما شرط في صحة العقد لان العقد لهما فاعتبر تراضيهما به كالبيع فان لم يرضيا أو أحدهما لم يصح العقد لفوات شرطه

﴿ مسئلة ﴾ (إلا الاب له تزويج أولاده الصغار والمجانين وبناته الابكار بغير إذنهم)

وأما الغلام العاقل فلا نعلم من أهل العلم في أن لأبيه تزويجه كذلك قال ابن المنذر وهذا قول الحسن والزهري وقتادة ومالك والثوري والاوزاعي واسحاق والشافعي وأصحاب الرأي ولما روي أن ابن عمر زوج ابنه وهو صغير فاختصموا إلى زيد فأجازاه جميعاً رواه الاثرم وأما الغلام المعتوه فلأبيه تزويجه وقال

ولنا قول النبي ﷺ « تستأمر اليتيمة في نفسها وان سكتت فهو اذنها وان أبت فلا جواز عليها » رواه أبو داود والنسائي وروي عن ابن عمر ان قدامة بن مظعون زوج ابن عمر ابنة أخيه عثمان فرفع ذلك الى النبي ﷺ فقال « انها يتيمة ولا تنكح الا باذنها » واليتيمة الصغيرة التي مات أبوها ولان غير الاب قاصر الشفقة فلا يلي نكاح الصغيرة كالاجنبي وغير الجد لا يلي مالها فلا يستبد بنكاحها كالاجنبي ولان الجد يلي بولاية غيره فأشبه سائر العصبات ، وفارق الأب فانه يدلي بغير واسطة ويسقط الاخوة والجد ويحجب الام عن ثلث المال الى ثلث الباقي في زوج وأبوين أو زوجة وأبوين ، والآية محمولة على البالغة بدليل قول الله تعالى (تؤتونهن ما كتب لهن) واما يدفع الى الكبيرة أو نحملها على بنت تسع

(فصل) واذا بلغت الجارية تسع سنين ففيها روايتان (إحداهما) انها كمن لم تبلغ تسعا نص عليه في رواية الاثرم وهو قول مالك والشافعي وأبي حنيفة وسائر الفقهاء . قالوا حكم بنت تسع سنين حكم بنت ثمان لانها غير بالغة ولان اذنها لا يعتبر في سائر التصرفات فكذلك في النكاح

(والرواية الثانية) حكمها حكم البالغة نص عليه في رواية ابن منصور لمفهوم الآية ودلالة الخبر بعمومها على أن اليتيمة تنكح باذنها وإن أبت فلا جواز عليها وقد انتفى به الاذن فيمن دونها فيجب حمله على من بلغت تسعا

وقد روى الامام احمد باسناده عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت اذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة . ورواه القاضي باسناده عن ابن عمر عن النبي ﷺ بمعناه في حكم المرأة ولانها بلغت سنا يمكن فيه حيضها ويحدث لها حاجة الى النكاح فيباح تزويجها كالبالغة ، فعلى هذا اذا زوجت ثم

الشافعي لا يجوز لانه يلزمه بالتزويج حقوق من المهر والنفقة مع عدم حاجته فلم يجز له كغيره من الاولياء

ولنا أنه غير بالغ فملك الاب تزويجه كالعاقل ولانه إذا جاز تزويج العاقل مع أن له عند احتياجه إلى التزويج رأيا ونظرا لنفسه فلأن يجوز تزويج من لا يتوقع فيه ذلك أولى ، ووصي الاب يقوم مقامه في ذلك كوكيله إذا قلنا بصحة الوصية في النكاح وفيه اختلاف نذكره إن شاء الله تعالى

(فصل) وليس لغير الاب أو وصيه تزويج الغلام قبل بلوغه ، وقال القاضي في المجرد للحاكم تزويجه لانه يلي ماله وقال الشافعي يملك ولي الصبي تزويجه ليألف حفظ فرجه عند بلوغه وليس بسديد فان غير الاب لا يملك تزويج الجارية الصغيرة فالغلام أولى ، وفارق الاب ووصيه فان لهما تزويج الصغيرة وولاية الاجبار وسواء أذن الغلام في تزويجه أو لم يأذن لانه لا اذن له

(فصل) وللاب تزويج البالغ المعتوه في ظاهر كلام أحمد والخرقي مع ظهور امارات الشهوة وعدمها ، وقال القاضي إنما يجوز تزويجه إذا ظهرت منه أمارات الشهوة باتباع النساء ونحوه وهو مذهب الشافعي لان في تزويجه مع عدم حاجته اضراراً به بالزامه حقوقاً لا مصلحة له في الزامها وقال أبو بكر

بلغت لم يكن لها خيار كالبالغة اذا زوجت . وقد خطب عمر أم كلثوم ابنة أبي بكر بعد موته الى عائشة فأجابته وهي لدون عشر لانها انما ولدت بعد موت أبيها، وانما كانت ولاية عمر عشر أفكرهته الجارية فتزوجها طلحة بن عبيدالله ولم ينكره منكر فدل ذلك على اتفاقهم على صحة تزويجها قبل بلوغها بولاية غير أبيها والله أعلم .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو استأذن البكر البالغة والدها كان حسنا)

لا نعلم خلافا في استحباب استئذانها فان النبي ﷺ قد أمر به ونهى عن النكاح بدونه وأقل أحوال ذلك الاستحباب ولان فيه تطييب قلبها وخروجا من الخلاف . وقالت عائشة سألت رسول الله ﷺ عن الجارية ينكحها أهلها أتستأمر أم لا ؟ فقال لها رسول الله ﷺ « نعم تستأمر » وقال « استأمروا النساء في أبضاعهن فان البكر تستحيي فتسكت، فهو اذنها » متفق عليها

وروي عن عطاء قال : كان النبي ﷺ يستأمر بناته اذا أنكحهن قال كان يجلس عند خدر المخطوبة فيقول ان فلانا يذكر فلانة فان حركت الخدر لم يزوجها وإن سكتت زوجها

(فصل) ويستحب استئذان المرأة في تزويج ابنتها لقول النبي ﷺ « آمروا النساء في بناتهن » ولانها تشاركه في النظر لابنتها وتحصيل المصلحة لها بشفقتها عليها وفي استئذانها تطييب قلبها وارضاء لها فتكون أولى .

ليس للاب بحال لانه رجل فلم يجز اجباره على النكاح كالعاقل وقال زفر ان طرأ عليه الجنون بعد البلوغ لم يجز وان كان مستداما جاز

ولنا أنه غير مكلف فجاز لابيه تزويجه كالصغير فانه إذا جاز تزويج الصغير مع عدم حاجته في الحال وتوقع نظره فعند الحاجة أولى

ولنا على التسوية بين الطارىء والمستدام أنه معنى يثبت الولاية فاستوى طارئه ومستدامه كالرق ولانه جنون يثبت الولاية على ماله فأثبتها عليه في نكاحه كالمستدام ، فاما اعتبار الحاجة فلا بد منها فانه لا يجوز لوليه تزويجه الا اذا رأى مصلحة فيه غير أن الحاجة لا تنحصر في قضاء الشهوة بل قد تكون حاجته الى الايواء والحفظ وربما كان دواء له يترجى به شفاؤه فجاز التزويج له كقضاء الشهوة

(فصل) ومن يجن في الاحيان لا يجوز تزويجه الا باذنه لان ذلك ممكن ومن أمكن أن يتزوج لنفسه لم تثبت الولاية عليه كالعاقل ولو زال عقله ببرسام أو مرض مرجو الزوال فهو كالعاقل فان ذلك لا يثبت الولاية على ماله فعلى نفسه أولى وان لم يرج زواله فهو داخل فيما ذكرناه

(فصل) وليس لغير الاب ووصيه تزويج المعتوه البالغ وبه قال مالك وقال أبو عبدالله بن حامد للحاكم تزويجه اذا ظهر منه شهوة للنساء بأن يتبعهن وهذا مذهب الشافعي لان ذلك من مصالحه وليس

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا زوج ابنته الثيب بغير اذنها فالنكاح باطل وإن رضيت بعد)

وجملة ذلك أن البنت تقسم قسمين : كبيرة وصغيرة ، فأما الكبيرة فلا يجوز للاب ولا لغيره تزويجها الا باذنها في قول عامة أهل العلم إلا الحسن قال له تزويجها وإن كرهت ، والنخعي قال يزوج بنته اذا كانت في عياله فان كانت بائنة في بيتها مع عيالها استأمرها . قال اسماعيل بن اسحاق لا أعلم أحداً قال في البنت بقول الحسن وهو قول شاذ خالف فيه أهل العلم والسنة فان الخنساء ابنة خدام الانصارية روت أن أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله ﷺ فرد نكاحه . رواه البخاري والائمة كلهم . قال ابن عبد البر هذا الحديث مجمع على صحته والقول به لا نعلم مخالفا له الا الحسن ، وكانت الخنساء من أهل قباء وكانت تحت أنيس بن قتادة فقتل عنها يوم أحد فزوجها أبوها رجلا من بني عمرو بن عوف فكرهته وشكت ذلك إلى رسول الله ﷺ فرد نكاحها ونكحت أبا لبابة بن عبد المنذر. وروى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال « لا تنكح الأيم حتى تستأمر » متفق عليه . وقال « الأيم أحق بنفسها من وليها » وروى ابن عباس رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال « ليس للولي مع الثيب أمر » رواهما النسائي وابو داود ولانها رشيدة عالمة بالمقصود من النكاح مختبرة فلم يجز اجبارها عليه كالرجل

(القسم الثاني) الثيب الصغيرة وفيها وجهان (أحدهما) لا يجوز تزويجها وهو ظاهر قول الخرقي واختاره ابن حامد وابن بطة والقاضي ومذهب الشافعي لعموم الاخبار ولان الاجبار يختلف بالبكارة والثيوبة لا بالصغر والكبر وهذه ثيب ولان في تأخيرها فائدة وهو أن تبلغ فتختار لنفسها ويعتبر اذنها فوجب التأخير بخلاف البكر

(الوجه الثاني) أن لابيها تزويجها ولا يستأمرها اختاره ابو بكر وعبد العزيز وهو قول مالك وأبي

له حال ينتظر فيها اذنه وتقدم ذكر ذلك في تزويج المجنون وينبغي أن يجوز تزويجه اذا قال أهل الطب إن في ذلك ذهاب علته لانه من أعظم مصالحه

(فصل) واذا زوج الصغير والمجنون فانه يقبل لهما النكاح ولا يأذن لهما في قبوله لانهما ليسا من أهل التصرفات فان كان الغلام ابن عشر وهو مميز فقياس المذهب جواز تفويض القبول اليه حتى يتولاه بنفسه كما يفوض أمر المبيع اليه وان تزوج له الولي جاز كما يجوز أن يبتاع له وهذا على الرواية التي تقول بصحة بيعه ووقوع طلاقه فان قلنا لا يصح ذلك منه فهذا أولى

(فصل) وذكر القاضي أنه لا يجوز أن يتزوج لهما بأكثر من مهر المثل لانه معاوضة في حق الغير فلم تجز الزيادة فيها على عوض المثل كبيع ماله وهذا مذهب الشافعي واذا قلنا إن للاب تزويج أمته بدون صداق مثلها فهذا مثله فانه قد يرى المصلحة في ذلك فجاز له بذل المال فيه كما يجوز في مداواته بل الجواز هاهنا أولى فان الغالب أن المرأة لا ترضى بتزويج المجنون الا أن ترغب بزيادة على مهر مثلها فيتعذر الوصول بدون ذلك بخلاف المرأة وذكر القاضي في المجرد ان قياس المذهب أنه لا يتزوج

حنيفة لانها صغيرة فجاز اجبارها كالبكر ، والغلام يحقق ذلك انها لا تزيد بالثيوبة على ما حصل الغلام بالذكورية ثم الغلام يجبر إذا كان صغيرا فكذا هذه والاخبار محمولة على الكبيرة فانه جعلها أحق بنفسها من وليها والصغيرة لاحق لها .

ويتخرج وجه ثالث وهو أن ابنة تسع سنين يزوجها وليها باذنها ومن دون ذلك على ماذكرنامن الخلاف لما ذكرنا في البكر والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذن الثيب الكلام واذن البكر الصمات)

أما الثيب فلا نعلم بين أهل العلم خلافا في أن اذنها الكلام للخبر ولان اللسان هو المعبر عما في القلب وهو المعتبر في كل موضع يعتبر فيه الاذن غير أشياء يسيرة أقيم فيها الصمت مقامه لعارض

فأما البكر فاذنها صماتها في قول عامة أهل العلم منهم شريح والشعبي واسحاق والنخعي والثوري والاوزاعي وابن شبرمة وأبو حنيفة ولا فرق بين كون الولي أبا أو غيره وقال أصحاب الشافعي في صمتها في حق غير الاب وجهان (أحدهما) لا يكون اذنا لان الصمات عدم الاذن فلا يكون اذنا ولانه محتمل الرضى والحياء وغيرهما فلا يكون اذنا كما في حق الثيب وانما اكتفي به في حق الاب لان رضاءها غير معتبر وهذا شذوذ عن أهل العلم وترك للسنة الصحيحة الصريحة يصان الشافعي عن اضافته اليه، وجعله مذهبا له مع كونه من اتبع الناس لسنة رسول الله ﷺ ولا يعرج منصف على هذا القول وقد

بأ كثر من امرأة واحدة لعدم حاجته إلى زيادة عليها فيكون بذلا لماله فيما لا حاجة به اليه وذكر في الجامع أنه له تزويج ابنه الصغير بأربع لانه قد يرى المصلحة فيه وليس له تزويجه معيبة عيباً يرد به النكاح فان فيه ضرراً به وتفويت ماله فيما لا مصلحة له فيه فان فعل خرج في صحة النكاح وجهان فان قلنا يصح فهل للولي الفسخ في الحال؟ على وجهين يذكر توجيههما في تزويج الصغيرة بمعيب فان لم يفسخ حتى بلغ الصبي أو عقل المجنون فلهما الفسخ وليس له تزويجه بامة لان اباحتها مشروطة بخوف العنت وهو معدوم في حق الصبي غير معلوم في حق المجنون

(فصل) فأما الاناث فللاب تزويج ابنته البكر الصغيرة التي لم تبلغ تسع سنين بغير خلاف اذا وضعها في كفاءة قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الاب ابنته الصغيرة جائز اذا زوجها من كفء يجوز له ذلك مع كراهتها وامتناعها وقد دل على جواز تزويج الصغيرة قول الله تعالى (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن) فجعل للائي لم يحضن عدة ثلاثة أشهر ولا تكون العدة ثلاثة أشهر الا من طلاق في نكاح أو فسخ فدل ذلك على تزويج وتطلق ولا اذن لها يعتبر وقالت عائشة تزوجني النبي ﷺ وأنا ابنة ست وبنى بي وأنا ابنة تسع متفق عليه ومعلوم أنها لم تكن في تلك الحال ممن يعتبر اذنها وروى الاثرم أن قدامة ابن مظعون تزوج ابنة الزبير حين نفست فقيل له ابنة الزبير فقال ان مت ورثتني وان

تقدمت روايتنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: « لا تنكح الايم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن» فقالوا يارسول الله فكيف اذنها ؟ قال أن تسكت .

وفي رواية عن عائشة أنها قالت يارسول الله ان البكر تستحيي قال « رضاها صماتها » متفق عليه. وفي رواية «واليتيمة تستأمر فصمتها اقرارها» رواه النسائي. وفي رواية «تستأمر اليتيمة في نفسها فان سكتت فهو اذنها» وهذا صريح في غير ذات الاب

وروى الاثرم عن عدي الكندي عن رسول الله ﷺ أنه قال « الثيب تعرب عن نفسها والبكر رضاها صماتها » والاخبار في هذا كثيرة ، ولان الحياء عقلة على لسانها يمنعها النطق بالاذن ولا تستحي من إبائها وامتناعها فاذا سكتت غلب على الظن أنه لرضاها فاكتفي به وما ذكروه يفضي الى أن لا يكون صماتها اذنا في حق الاب أيضا لانهم جعلوا وجوده كعدمه فيكون اذا رداً على النبي ﷺ بالكلية واطراحا للاخبار الصريحة الجلية وخرقا لاجماع الامة المرضية

(فصل) فان نطقت بالاذن فهو أبلغ وأتم في الاذن من صمتها وإن بكت أو ضحكت فهو بمنزلة سكوتها ، وقال ابو يوسف ومحمد ان بكت فليس باذن لانه يدل على الكراهية وليس بصمت فيدخل في عموم الحديث

ولنا ماروى ابو بكر باسناده عن ابي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « تستأمر اليتيمة فان بكت أو سكتت فهو رضاها وإن أبت فلا جواز عليها » ولانها ناطقة بالامتناع مع سماعها للاستئذان فكان اذنا منها كالصمات والضحك ، والبكاء يدل على فرط الحياء لا على الكراهة ولو كرهت لامتنعت

عشت كانت امرأتي وزوج علي ابنته أم كلثوم وهي صغيرة عمر بن الخطاب رضي الله عنهما

(فصل) وفي البكر البالغة العاقلة روايتان (إحداهما) له إجبارها على النكاح وهو مذهب مالك وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق (والثانية) ليس له ذلك اختارها ابو بكر وهو مذهب الاوزاعي والثوري وأبي عبيد وأبي ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر لما روى ابو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ لاتنكح الايم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن » فقالوا يارسول الله فكيف إذنها ؟ قال «أن تسكت» متفق عليه وروى ابو داود وابن ماجة عن ابن عباس أن جارية بكراً أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ ولأنها جائزة التصرف في مالها فلم يجز إجبارها كالثيب والرجل ووجه الاولى ماروي ابن عباس أن النبي ﷺ قال « الايم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأمر واذنها صماتها » رواه ابو داود فلما قسم النساء قسمين وأثبت الحق لاحدهما دل على نفيه عن الآخر وهو البكر فيكون وليها أحق منها بها ودل الحديث على أن الاستئمار ههنا والاستئذان في حديثهم مستحب غير واجب كما روى ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « أمروا النساء في بناتهن » رواه ابو داود وحديث التي خيرها رسول الله ﷺ مرسل ويحتمل

فانها لا تستحي من الامتناع ، والحديث يدل بصريحه على أن الصمت إذن وبمعناه على ما في معناه من الضحك والبكاء وكذلك أقمنا الضحك مقامه

(فصل) والثيب المعتبر نطقها هي الموطوءة في القبل سواء كان الوطء حلالا أو حراما. وهذا مذهب الشافعي ، وقال مالك وأبو حنيفة في المصابة بالفجور حكمها حكم البكر في إذنها وتزويجها لان علة الاكتفاء بصمات البكر الحياء والحياء من الشيء لا يزول إلا بمباشرته وهذه لم تباشر بالاذن في النكاح فيبقى حياؤها منه بحاله

ولنا قوله ﷺ «الثيب تعرب عن نفسها» ولان قوله ﷺ «لاتنكح الأيم حتى تستأمر ولاتنكح البكر حتى تستأذن وإذنها أن تسكت» يدل على أنه لابد من نطق الثيب لانه قسم النساء قسمين فجعل السكوت إذناً لأحدهما فوجب ان يكون الآخر بخلافه وهذه ثيب فان الثيب هي الموطوءة في القبل وهذه كذلك . ولانه لو أوصى لثيب النساء دخلت في الوصية ولو أوصى للابكار لم تدخل ، ولو اشترطها في التزويج أو الشراء بكراً فوجدها مصابة بالزنا ملك الفسخ ولانها موطوءة في القبل فأشبهت الموطوءة بشبهة والتعليل بالحياء غير صحيح فانه أمر خفي لا يمكن اعتباره بنفسه وانما يعتبر بمظنته وهي البكارة ثم هذا التعليل يفضي الى إبطال منطوق الحديث فيكون باطلا في نفسه . ولافرق بين المكرهة والمطاوعة وعلى هذا ليس لنا إجبارها اذا كانت بالغة وفي تزويجها ان كانت صغيرة وجهان وقولهم انها لم تباشر الاذن قلنا يبطل بالموطوءة بشبهة أو في ملك يمين والمزوجة وهي صغيرة

(فصل) وان ذهبت عذرتها بغير جماع كالوثبة أو شدة حيضة أو بأصبع أو عود ونحوه فحكمها حكم الأبكار، ذكره ابن حامد لأنها لم تختبر المقصود ولا وجد وطؤها في القبل فأشبهت من لم تزل عذرتها ولو وطئت في الدبر لم تصر ثيبا ولا حكمها حكمهن لأنها غير موطوءة في القبل

أنها التي زوجها أبوها من ابن أخيه ليرفع بها خسيسه فتخييرها لذلك ولانه مما لا يشترط في نكاح الكبيرة كالنطق ، وعن أحمد لايجوز تزويج ابنة تسع سنين بغير إذنها اختلفت الرواية عن أحمد في الجارية اذا بلغت تسع سنين فالمشهور عنه أنها كمن لم يبلغ تسعاً نص عليه في رواية الاثرم وهو قول مالك والشافعي وأبي حنيفة وسائر الفقهاء قالوا حكم بنت تسع حكم بنت ثمان لانها غير بالغة ولان إذنها لايعتبر في سائر التصرفات فكذلك في النكاح (والرواية الثانية) حكمها حكم البالغة نص عليه في رواية ابن منصور لمفهوم الآية ولدلالة الخبرين بعمومها على أن اليتيمة تنكح بإذنها ، وان أبت فلا جواز عليها ، وقد انتفى الاذن فيما دونها فيجب حمله على من بلغت تسعاً فعلى هذه الرواية يجوز لغير الاب تزويجها بإذنها وحكمها حكم البالغة في جواز إجبارها للاب فيه الروايتان ، وقد روى الامام أحمد باسناده عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: اذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة ورواه القاضي باسناده عن ابن عمر عن النبي ﷺ ومعناه والله أعلم في حكم المرأة ولانها بلغت سنا يمكن فيه حيضها وتحدث لها حاجة الى النكاح فيباح تزويجها كالبالغة اذا زوجت وقد خطب عمر أم كلثوم

(فصل) إذا اختلف الزوج والمرأة في اذنها في تزويجها قبل الدخول فالقول قولها في قول أكثر الفقهاء ، وقال زفر في الثيب كقول أهل العلم وفي البكر القول قول الزوج لان الاصل السكوت والكلام حادث فالزوج يدعي الاصل فالقول قوله

ولنا انها منكرة الاذن والقول قول المنكر ولانه يدعي انها استؤذنت وسمعت فصمتت والأصل عدم ذلك وهذا جواب عن قوله وإن اختلفا بعد الدخول فقال القاضي القول قول الزوج ولان التمكين من الوطء دليل على الاذن وصحة النكاح وكان الظاهر معه، وهل تستحلف المرأة إذا قلنا القول قولها ؟ قال القاضي قياس المذهب انه لا يمين عليها كما لو ادعى أنه زوجها فأنكرته ، به قال أبو حنيفة، وقال الشافعي وأبو يوسف ومحمد تستحلف فان نكلت فقال ابو يوسف ومحمد يثبت النكاح وقال الشافعي يستحلف الزوج ويثبت النكاح

ولنا انه اختلاف في زوجية فلا يثبت بالنكول ولا يحلف المدعي معه كما لو ادعى الزوج أصل التزويج فأنكرته فان كانت المرأة ادعت انها أذنت فأنكر ورثة الزوج فالقول قولها لانه اختلاف في أمر يختص بها صادر من جهتها فالقول قولها فيه كما لو اختلفوا في نيتها فيما تعتبر فيه نيتها، ولانها تدعي صحة العقد وهم يدعون فساده فالظاهر معها

(فصل في المجنونة) ان كانت ممن تجبر لو كانت عاقلة جاز تزويجها لمن يملك إجبارها لانه إذا ملك إجبارها مع عقلها وامتناعها فمع عدمه أولى . وان كانت ممن لا يجبر انقسمت ثلاثة أقسام [أحدها] أن يكون وليها الاب أو وصيه كالثيب الكبيرة فهذه يجوز لوليها تزويجها ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الخرقي لانه جعل للاب تزويج المعتوه فالمرأة أولى . وهذا قول الشافعي وأبي حنيفة ومنع منه أبو بكر لانها ولاية اجبار وليس على الثيب ولاية إجبار والاول أصح فان ولاية الاجبار انما انتفت عن العاقلة لرأيها لحصول المباشرة منها والخبرة وهذه بخلاف ذلك ، وكذلك الحكم في الثيب الصغيرة إذا قلنا بعدم الاجبار في حقها إذا كانت عاقلة

بنت أبي بكر بعد موته إلى عائشة فأجابته وهي لدون عشر ولانها انما ولدت بعد موت أبيها وانما كانت ولاية عمر عشرا فكرهت الجارية فزوجها طلحة بن عبيد الله ولم ينكره منكر فدل ذلك على اتفاقهم على صحة تزويجها قبل بلوغها بولاية غير أبيها

(مسئلة) (وهل له تزويج الثيب الصغيرة؟ على وجهين)

أما الثيب الكبيرة فلا يجوز للاب ولا لغيره تزويجها إلا باذنها في قول عامة أهل العلم إلا الحسن فانه قال له تزويجها وان كرهت ، والنخعي قال يزوج بنته اذا كانت في عياله فان كانت بائنة في بيتها مع عيالها استأمرها قال اسماعيل بن إسحاق لا أعلم أحداً قال في الثيب بقول الحسن وهو قول شاذ خالف فيه أهل العلم والسنة الثابتة فان الخنساء ابنة خدام الانصارية روت ان أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله ﷺ فرد نكاحه رواه البخاري وغيره . قال ابن عبد البر هذا الحديث

[القسم الثاني] أن يكون وليها الحاكم ففيها وجهان (أحدهما) ليس له تزويجها بحال لان هذه ولاية إجبار فلا تثبت لغير الاب كحال عقلها (والثاني) له تزويجها اذا ظهر منها شهوة الرجال كبيرة كانت أو صغيرة وهو اختيار ابن حامد وأبي الخطاب وقول أبي حنيفة لان بها حاجة اليه لدفع ضرر الشهوة عنها وصيانتها عن الفجور وتحصيل المهر والنفقة والعفاف وصيانة العرض ولا سبيل الى إذنها فأبيح تزويجها كالثيب مع أبيها وكذلك ينبغي أن يملك تزويجها . إن قال أهل الطب ان علتها تزول بتزوجها لان ذلك من اعظم مصالحها، وقال الشافعي لا يملك تزويج صغيرة بحال ويملك تزويج الكبيرة إذا قال أهل الطب ان علتها تزول بتزوجها

ولنا ان المعنى المبيح للتزويج وجد في حق الصغيرة فأبيح تزويجها كالكبيرة إذا ظهرت منها شهوة الرجال ففي تزويجها مصلحتها ودفع حاجتها فأشبه مالو قال أهل الطب انه يزيل علتها، وتعرف شهوتها من كلامها وقرائن أحوالها كتتبعها الرجال وميلها اليهم وأشباه ذلك [القسم الثالث] من وليها غير الاب والحاكم فقال القاضي لا يزوجها غير الحاكم فيكون حكمها حكم القسم الثاني على مابيناه

وقال أبو الخطاب لهم تزويجها في الحال التي يملك الحاكم تزويج موليته فيها وهذا قول أبي حنيفة لان ولايتهم مقدمة على ولاية الحاكم فقدموا عليه في التزويج كما لو كانت عاقلة، ووجه قول القاضي ان الحاكم هو الناظر لها في مالها دونهم فيكون وليا دونهم كتزويج أمتها ، ولان هذا دفع حاجة ظاهرة فكانت الى الحاكم كدفع حاجة الجوع والعري ، فان كان لها وصي في مالها لم يتملك تزويجها لانه لا ولاية له في نكاحها والحكم في تزويجها حكم من وليها غير الاب والحاكم على ماذكرنا

مجمع على صحته والقول به ولا نعلم مخالفا له إلا الحسن وكانت الخنساء من أهل قباء تحت أنيس بن قتادة فقتل عنها يوم أحد فزوجها أبوها رجلا من بني عمرو بن عوف فكرهته فشكت ذلك الى رسول الله ﷺ فرد نكاحها ونكحت أبا لبابة بن عبد المنذر ، وروى ابو هريرة أن رسول الله ﷺ قال « لا تنكح الايم حتى تستأمر » متفق عليه وقال الأيم أحق بنفسها من وليها » وروى ابن عباس أن النبي ﷺ قال « ليس للولي مع الثيب أمر » رواهما النسائي وابوداود ولانها رشيدة عالمة بالمقصود من النكاح مختبرة فلم يجز إجبارها عليه كالرجل .

(فصل) فأما الثيب الصغيرة ففيها وجهان (أحدهما) لا يجوز تزويجها وهو ظاهر قول الخرقي واختيار ابن حامد وابن بطة والقاضي ومذهب الشافعي لعموم الاخبار ولان الاجبار يختلف بالبكارة والثيوبة لا بالصغر والكبر كما اختلف في صفة الاذن ولان في تأخيرها فائدة وهي أن تبلغ فتختار لنفسها ويعتبر اذنها بخلاف البكر (الوجه الثاني) ان لابيها تزويجها ولا يستأمرها اختاره ابو بكر عبدالعزيز وهو قول مالك وأبي حنيفة لانها صغيرة فجاز إجبارها كالبكر والغلام يحقق ذلك أنها لا تزيد بالثيوبة على ماحصل للغلام بالذكورية . ثم الغلام يجبر إذا كان صغيراً فكذلك هذه ،

« مسئلة » قال (وإذا زوج ابنتــه بدون صداق مثلها ثبت النكاح بالمسمى وإن فعل ذلك غير الاب ثبت النكاح وكان لها مهر مثلها)

وجملة ذلك أن للأب تزويج ابنته بدون صداق مثلها ، بكراً كانت أو ثيباً ، صغيرة كانت أو كبيرة ، وبهذا قال أبو الخطاب ومالك ، وقال الشافعي ليس له ذلك فان فعـل فلها مهر مثلها لأنه عقد معاوضة فلم يجز أن ينقص فيه عن قيمة المعوض كالبيع ولأنه تفريط في مالها وليس له ذلك

ولنا أن عمر رضي الله عنه خطب الناس فقال ألا لا تغالوا في صداق النساء فما أصدق رسول الله ﷺ أحدا من نسائه ولا أحدا من بناته أكثر من اثنتي عشر أوقية وكان ذلك بمحضـر من الصحابة ولم ينـكروه فـكان اتفاقا منهم على أن له أن يزوج بذلك وإن كان دون صداق المثل، وزوج سعيد ابن المسيب ابنته بدرهمين وهو من سادات قريش شرفا وعلماً ودينا ، ومن المعلوم أنه لم يكن مهر مثلها ولانه ليس المقصود من النـكاح العوض وإنما المقصود السكن والازدواج ووضع المرأة عنـد من يكفيها في منصب ويصونها ويحسن عشرتها والظاهر من الاب مع تمام شفقته وبلوغ نظره أنه لا ينقصها من صداقها إلا لتحصيل المعاني المقصودة بالنكاح فلا ينبغي أن يمنع من تحصيل المقصود بتفويت غيره ويفارق سائر عقود المعارضات فان المقصود فيها العوض فلم يجز تفريته فأما غير الاب فليس له أن ينقصها من مهر مثلها فان زوج بدون ذلك صح النـكاح لأن فساد التسمية وعدمها لا يؤثر في النكاح ويكون لها مهر مثلها لانه قيمة بضعها وليس للولي نقصها منه فرجعت إلى مهر مثلها والله أعلم .

والاخبار محمولة على الـكبيرة فإنه جعلها أحق من وليها ، والصغيرة لا حق لها ويتخرج وجه ثالث وهو أن ابنة تسع يزوجها وليها باذنها، ومن دون ذلك على ماذكرنا من الخلاف لما ذكرناه في البكر والله أعلم

(مسئلة) (وللسيد تزويج امائه الثيبات والابكار وعبيده الصغار بغير إذنهم)

لا نعلم خلافاً في السيد إذا زوج أمته بغير اذنها أنه يصح ثيبا كانت أو بكراً صغيرة أو كبيرة وذلك لان منافعها مملوكة له والنكاح عقد على منفعة فأشبه عقد الاجارة ولذلك ملك الاستمتاع بها ولهذا فارقت العبد ولانه ينتفع بذلك لما يحصل له من مهرها وولدها وتسقط عنه نفقتها وكسوتها بخلاف العبد والمدبرة والمعلق عتقها بصفة وأم الولد كالامة في اجبارها على النكاح وقال مالك في آخر أمره ليس له تزويج أم ولده بغير إذنها وكرهه ربيعة وللشافعي قولان وقد ذكرنا ذلك فيما مضى

ولنا أنها مملوكته يملك الاستمتاع بها واجارتها فملك تزويجها كالقن اذا ملك أخته من الرضاع أو مجوسية فله تزويجها وان كانتا محرمتين عليه لان منافعها ملكه وانما حرمتا عليه لعارض فاما التي بعضها حر فلا يملك اجبارها لأنه لا يملك اجبار المكاتبة لانها بمنزلة الخارجة عن ملكه ولذلك لا يملك اجبارها ولا تلزمه نفقتها ولا يصل اليه مهرها

(فصل) إذا اشترى عبده المأذون له وركبته ديون ملك سيده تزويجها وبيعها واعتاقها نص عليـه

(فصل) وتمام المهر على الزوج لأن التسمية ههنا فاسدة لكونها غير مأذون فيها شرعا فوجب على الزوج مهر المثل كما لو زوجها بمحرم وعلى الولي ضمانه لانه المفرط فكان عليه الضمان كما لو باع مالها بدون ثمن مثله .

قال أحمد أخاف أن يكون ضامناً وليس الاب مثل الولي ولا تملك المرأة الفسخ لانه قد حصل لها وجوب مهر مثلها والله أعلم .

« مسئلة » قال (ومن زوج غلاماً غير بالغ أو معتوهاً لم يجز الا أن يزوجه والده أو وصي ناظر له في التزويج)

الكلام في هذه المسئلة في فصول أربعة :

(أحدها) أنه ليس لغير الاب أو وصيه تزويج الغلام قبل بلوغه ، وقال القاضي في المجرد للحاكم تزويجه لانه يلي ماله ، وقال الشافعي يملك ولي الصبي تزويجه ليألف حفظ فرجه عند بلوغه وليس بسديد فان غير الاب لا يملك تزويج الجارية الصغيرة فالغلام أولى وفارق الاب ووصيه فان لهما تزويج الصغيرة وولاية الاجبار وسواء أذن الغلام في تزويجه أو لم يأذن فانه لا إذن له

(الفصل الثاني) في المعتوه وهو الزائل العقل بجنون مطبق ليس لغير الاب ووصيه تزويجه ، وهذا قول مالك وقال أبو عبد الله بن حامد للحاكم تزويجه إذا ظهر منه شهوة النساء بأن يتبعهن

أحمد وذكره أبو بكر وقال والسيد وطؤها وقال الشافعي ليس له شيء من ذلك لما فيه من الاضرار بالغرماء وأصل الخلاف ينبني على دين المأذون له في التجارة فعندنا يلزم العبيد فلا يلحق الغرماء ضرر وبتصرف السيد في الامة فان الدين ما تعلق بها وعنده أن الدين تعلق بالعبد وبما في يده فيلحقهم الضرر والكلام على هذا مذكور في موضعه

(فصل) وليس للسيد اكراه أمته على التزويج بمعيب عيباً يرد به في النكاح لانه يؤثر في الاستمتاع وذلك حق لها ولذلك ملكت الفسخ بالجب والعنة والامتناع من الفيئة دون السيد وفارق بيعها لمعيب لانه لا يراد للاستمتاع ولهذا ملك شراء الامة المحرمة عليه ولم تملك الفسخ لعيبه ولعنته ولا ايلائه فان زوجها من معيب فهل يصح؟ على وجهين فان قلنا يصح فلها الفسخ فان كانت صغيرة فهل لها الفسخ في الحال أو ينتظر بلوغها؟ على وجهين ومذهب الشافعي هكذا في هذا الفصل كله

(فصل) وللسيد تزويج عبده الصغير بغير اذنه في قول أكثر أهل العلم الا أن بعض الشافعية قال فيه قولان وقال أبو الخطاب يحتمل أن لا يملك تزويجه

ولنا أنه إذا ملك تزويج ابنه الصغير فعبده مع ملكه اياه وتمام ولايته عليه أولى وكذلك الحكم في عبده الصغير المجنون

ويريدهن وهذا مذهب الشافعي لان ذلك من مصالحه وليس له حال ينتظر فيها اذنه وقد ذكرنا توجيه الوجهين في تزويج المجنونة وينبغي على هذا القول أن يجوز تزويجه إذا قال أهل الطب ان في تزويجه ذهاب علته لانه من أعظم مصالحه والله أعلم

(الفصل الثالث) أن للاب أو وصيه تزويجهما سواء كان الغلام عاقلا أو مجنونا وسواء كان الجنون مستداما أو طارئا فأما الغلام السليم من الجنون فلا نعلم بين أهل العلم خلافا في أن لابيه تزويجه كذلك قال ابن المنذر وممن هذا مذهبه الحسن والزهري وقتادة ومالك والثوري والاوزاعي واسحاق والشافعي وأصحاب الرأي لما روي أن ابن عمر زوج ابنه وهو صغير فاختصما إلى زيد فأجازاه جميعا رواه الاثرم باسناده فأما الغلام المعتوه فلابيه تزويجه وقال الشافعي لايجوز لانه يلزمه التزويج حقوقا من المهر والنفقة مع عدم حاجته فلم يجز له ذلك كغيره من الاولياء

ولنا أنه غير بالغ فملك أبوه تزويجه كالعاقل ولانه اذا ملك تزويج العاقل مع أن له مع احتياجه الى التزويج رأيا ونظراً لنفسه فلأن يجوز تزويج من لايتوقع فيه ذلك أولى، وفارق غير الاب فانه لايملك تزويج العاقل، وأما البالغ المعتوه فظاهر كلام أحمد والخرقي أن للاب تزويجه مع ظهور أمارات الشهوة وعدمها وقال القاضي انما يجوز تزويجه اذا ظهرت منه أمارات الشهوة باتباع النساء ونحوه وهو مذهب الشافعي لان في تزويجه مع عدم حاجته اضرارا به بالزامه حقوقا لا مصلحة له في الزامها وقال أبو بكر ليس للاب تزويجه بحال لانه رجل فلم يجز إجباره على النكاح كالعاقل وقال زفر ان طرأ عليه الجنون بعد البلوغ لم يجز تزويجه وان كان مستداما جاز

ولنا أنه غير مكلف فجاز لابيه تزويجه كالصغير فانه اذا جاز تزويج الصغير مع عدم حاجته في الحال وتوقع نظره عند الحاجة فههنا أولى

﴿مسألة﴾ (ولا يملك اجبار عبده الكبير اذا كان عاقلا)

وبهذا قال الشافعي في أحد قوليه وقال مالك وأبو حنيفة له ذلك لقول الله تعالى (وأنكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم) ولانه يملك رقبته فملك اجباره على النكاح كالامة. ولانه يملك اجارته فأشبه الامة

ولنا انه مكلف يملك الطلاق فلا يجبر على النكاح كالحر ولان النكاح خالص حقه ونفعه له فأشبه الحر والامر بانكاحه مختص بحال طلبه بدليل عطفه على الايامى وانما يزوجن عند الطلب ولان مقتضى الامر الوجوب وانما يجب تزويجه عند طلبه واما الامة فانه يملك منافع بضعها والاستمتاع بها بخلاف العبد، ويفارق النكاح الاجارة لانها عقد على منافع بدنه وهو يملك استيفاءها ويحتمل مثل ذلك في الصغير أيضاً قياساً على الكبير ويقوى الاحتمال في حق المميز اذا قلنا بصحة طلاقه لانه عاقل مميز يملك الطلاق اشبه البالغ

(فصل) والمهر والنفقة على السيد سواء ضمنهما اولا وسواء باشر العقد بنفسه أو اذن لعبده فعقده مأذوناً له في التجارة او محجوراً عليه نص عليه أحمد وعنه مايدل على ان ذلك يتعلق بكسبه فانه قال

ولنا على التسوية بين الطاريء والمستدام أنه معنى يثبت الولاية فاستوى طارئه ومستدامه كالرق ولانه جنون يثبت الولاية على ماله فأثبتها عليه في النكاح كالمستدام ، فأما اعتبار الحاجة فلا بد منها فانه لا يجوز لوليه تزويجه إلا اذا رأى المصلحة فيه غير أن الحاجة لاتنحصر في قضاء الشهوة فقد تكون حاجته إلى الايواء والحفظ وربما كان دواء له ويترجى به شفاؤه فجاز التزويج له كقضاء الشهوة والله أعلم .

(فصل) ومن يفيق في الاحيان لا يجوز تزويجه إلا باذنه لان ذلك ممكن ومن أمكن أن يتزوج لنفسه لم تثبت الولاية عليه كالعاقل ولو زال عقله ببرسام أو مرض مرجو الزوال فهو كالعاقل فان ذلك لا يثبت الولاية على ماله فعلى نفسه أولى وان لم يرج زواله فهو داخل فيما ذكرناه

(الفصل الرابع) أن وصي الاب في النكاح بمنزلته على ما ذكرنا في ثبوت الولاية للوصي على المرأة وفي هذا من الخلاف مثل ما فيه وإنما يثبت ذلك لوصي الاب في التزويج خاصة فان كان وصياً في المال لم تكن له ولاية في التزويج لانه إنما يستفيد بالتصرف بالوصية فلا يملك مالم يوص به اليه ووصي غير الاب لا ولاية له على صبي أو مجنون لان الموصي لا يملك ذلك فوصيه أولى

(فصل) وان تزوج لصغير أو مجنون فانه يقبل لهما النكاح ولا يجوز أن يأذن لهما في قبوله لانهما ليسا من أهل التصرف وان كان الغلام ابن عشر وهو مميز فقياس المذهب جواز تفويض القبول اليه حتى يتولاه لنفسه كما يفوض أمر البيع اليه ولانه يملك إيقاع الطلاق بنفسه ، وان زوج له الولي جاز كما يجوز

نفقته من ضريبته وقيل ان كان بقيمة ضريبته انفق عليها ولا يعطي المولى وان لم يكن عنده ماينفق فرق بينهما وهذا قول الشافعي ، وفائدة الخلاف ان من الزم السيد المهر والنفقة اوجبهما عليه وان لم يكن للعبد كسب وليس للمرأة الفسخ لعدم كسب العبد وللسيد استخدامه ومنعه الاكتساب ومن علقه بكسبه فلم يكن له كسب فللمرأة الفسخ وليس للسيد منعه من التكسب

ولنا أنه حق تعلق بالعقد برضا سيده فتعلق بسيده وجاز بيعه فيه كما لو رهنه بدين ، فعلى هذا لو باعه سيده او اعتقه لم يسقط المهر عن السيد نص عليه ، لانه حق تعلق بذمته فلم يسقط ببيعه وعتقه كارش جنايته فاما النفقة فانها تتجدد فتكون في الزمن المستقبل على المشتري أو على العبد اذا عتق

(فصل) ويجوز ان يزوج السيد لعبده باذنه وان يأذن للعبد فيتزوج لنفسه لانه مكلف يصح طلاقه فكان من أهل مباشرة العقد كالحر ويجوز لمن يأذن له مطلقا ومعيناً فان عين له امرأة او نساء بلد أو قبيلة أو حرة او أمة فيتزوج غيرها لم يصح لانه متصرف بالاذن فينفذ تصرفه فيما اذن له فيه كالوكيل ، وان اذن له مطلقاً فله ان يتزوج من شاء لكن ان تزوج امرأة من بلدة أخرى فلسيده منعه من الخروج اليها ، وان كانت في البلد فعلى سيده ارساله ليلا للاستمتاع وان احب سيده ان يسكنها في مسكن من داره فله ذلك اذا كان مسكن مثلها ولا يلزمه ارساله نهاراً لانه يحتاج الى استخدامه وليس

أن يبتاع له وهذا على الرواية التي تقول بصحة بيعه ووقوع طلاقه وان قلنا لا يصح ذلك منه فهذا أولى .

(فصل) وذكر القاضي أنه لا يجوز أن يتزوج لهما بزيادة على مهر المثل لانه معاوضة في حق الغير فلم تجز الزيادة فيها على عوض المثل كبيع ماله وهذا مذهب الشافعي، وقد ذكرنا أن للاب تزويج ابنته بدون صداق مثلها فهذا مثله فانه قد يرى المصلحة في ذلك فجاز له بذل المال فيه كما يجوز في مداواته بل الجواز ههنا اولى فان الغالب أن المرأة لا ترضى بتزويج مجنون الا أن ترغب بزيادة على مهر مثلها فيتعذر الوصول اليه بدون ذلك بخلاف المرأة وذكر القاضي في المجرد أن قياس المذهب أنه لا يزوجه بأكثر من امرأة واحدة لعدم حاجته الى زيادة عليها فيكون بذلاً لماله فيما لا حاجة به اليه. وذكر في الجامع أن له تزويج ابنه الصغير باربع لأنه قد يرى المصلحة فيه وليس له تزويجه بمعيبة عيباً يرد به في النكاح لان فيه ضرراً به وتفويتا لماله فيما لا مصلحة له فيه فان فعل خرج في صحة النكاح وجهان فان قلنا يصح فهل للولي الفسخ في الحال ؟ على وجهين مضى توجيههما في تزويج الصغيرة بمعيب ومتى لم يفسخ حتى بلغ الصبي أو عقل المجنون فلهما الفسخ وليس له تزويجه بأمة لان إباحتها مشروطة بخوف العنت وهو معدوم في حق الصبي غير معدوم في المجنون

(فصل) وإذا زوج ابنه تعلق الصداق بذمة الابن موسراً كان أو معسرا لانه عقد للابن فكان عليه بدله كثمن المبيع وهل يضمنه الاب؟ فيه روايتان (احداهما) يضمنه نص عليه فقال تزويج الاب لابنه الطفل جائز ويضمن الاب المهر لأنه التزم العوض عنه فضمنه كما لو نطق بالضمان (والاخرى) لا يضمنه لأنه عقد معاوضة ناب فيه عن غيره فلم يضمن عوضه كثمن مبيعه أو كالوكيل قال القاضي هذا

النهار محلا للاستمتاع غالباً ولسيده السفر به فان حق امرأة العبد عليه لا يزيد على حق امرأة الحر والحر يملك السفر وان كرهت امرأته كذا ههنا

(فصل) وللسيد ان يعين له المهر وله ان يطلق فان تزوج بما عينه او دونه اوبمهر المثل عند الاطلاق او دونه لزم المسمى وان تزوج اكثر من ذلك لم تلزم الزيادة وهل يتعلق برقبة العبد او ذمته يتبع بها بعد العتق ؟ على روايتين على استدانة العبد المحجور عليه وقد ذكرنا ذلك في كتاب الحجر

(فصل) واذا تزوج امة ثم اشتراها باذن سيده لسيده لم يؤثر ذلك في نكاحه وان اشتراها لنفسه وقلنا انه لا يملك بالتمليك انفسخ النكاح كما لو اشترى الحر امرأة وله وطؤها بملك اليمين باذن سيده فان كان بعضه حراً فاشتراها في ذمته او بما يختص بملكه انفسخ نكاحه لانه ملكها وحلت له بملك يمينه وان ملك بعضها انفسخ نكاحه ولم تحل له لأنه لا يملك جميعها وإن اشتراها بعين مال مشتركة بينه وبين سيده بغير اذنه وقلنا انه لا تفرق الصفقة لم يصح البيع والنكاح بحاله وان قلنا بتفريقها صح في قدر ماله وانفسخ النكاح لملكه بعضها

أصح وقال انما الروايتان فيما إذا كان معسراً أما الموسر فلا يضمن الاب عنه رواية واحدة فان طلق قبل الدخول سقط نصف الصداق، فان كان ذلك بعد دفع الاب الصداق عنه رجع نصفه إلى الابن وليس للاب الرجوع فيه بمعنى الرجوع في الهبة لان الابن ملكه بالطلاق عن غير أبيه فأشبه مالو وهبه الاب أجنبيا ثم وهبه الأجنبي للابن، ويحتمل أن يرجع فيه لأنه تبرع عن ابنه فلم يستقر الملك حتى استرجعه الابن وكذلك الحكم فيما لو قضى الصداق عن ابنه الكبير ثم طلق قبل الدخول وان ارتدت قبل الدخول فالحكم في الرجوع في جميعه كالحكم في الرجوع في النصف بالطلاق

(فصل) في المحجور عليه للسفه والكلام في نكاحه في ثلاثة أحوال (أحدها) أن لوليه تزويجه اذا علم حاجته الى النكاح لانه نصب لمصالحه وهذا من مصالحه لانه يصون به دينه وعرضه ونفسه فانه ربما تعرض بترك التزويج للاثم بالزنا والحد وهتك العرض وسواء علم بحاجته بقوله أو بغير قوله، وسواء كانت حاجته بالاستمتاع أو إلى الخدمة فيزوجه امرأة تحل له لانه يحتاج الى الخلوة بها وإن لم يكن به حاجة اليه لم يجز تزويجه لانه يلزمه بالنكاح حقوقا من المهر والنفقة والعشرة والمبيت والسكنى فيكون تضييعا لماله ونفسه في غير فائدة فلم يجز كتبذير ماله واذا أراد تزويجه استأذنه في تزويجه، فان زوجه بغير اذنه فقال أصحابنا يصح لانه عقد معاوضة فملكه الولي في حق المولي عليه كالبيع، ولانه محجور عليه أشبه الصغير والمجنون، ويحتمل أن لا يملك تزويجه بغير اذنه لانه يملك الطلاق فلم يجبر على النكاح كالرشيد والعبد الكبير، وذلك لان اجباره على النكاح مع ملك الطلاق مجرد اضرار فانه يطلق فيلزمه الصداق مع فوات النكاح، ولانه قد يكون له غرض في امرأة ولا يكون له في أخرى

(فصل) وليس لسائر الاولياء تزويج كبيرة الا باذنها الا المجنونة لهم تزويجها اذا ظهر لهم منها الميل الى الرجال وليس لسائر الاولياء غير الاب تزويج كبيرة بغير اذنها جداً كان أو غيره وبه قال مالك وأبو عبيد والثوري وابن أبي ليلى وهو قول الشافعي الا في الجد فانه جعله كالاب فان ولايته ولاية ايلاد فملك الاجبار كالاب

ولنا ما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن » فقالوا يا رسول الله فكيف اذنها؟ قال « أن تسكت » متفق عليه ولان الجد قاصر عن الاب فلم يملك الاجبار كالعم ولانه يدلي بغيره فأشبه سائر العصبات، وفارق الاب فانه يدلي بغير واسطة ويسقط الجد ويحجب الام عن ثلث المال الى ثلث الباقي في زوج وأبوين أو امرأة وأبوين فأما المجنونة فلهم تزويجها اذا ظهر لهم منها الميل الى الرجال ذكره أبو الخطاب وقال القاضي لا يزوجها إلا الحاكم لانه الناظر لها في مالها دونهم فيجب أن يختص بالولاية ووجه الاول أن ولايتهم مقدمة على ولاية الحاكم لو كانت عاقلة فكذلك اذا كانت مجنونة وقال الشافعي لا يجوز تزويجها الا أن يقول أهل الطب ان علتها تزول بذلك

فاذا أجبر على من يكرهها لم تحصل له المصلحة منها وفات عليه غرضه من الاخرى فيحصل مجرد ضرر مستغنى عنه ، وانما جاز ذلك في حق المجنون والطفل لعدم امكان الوصول الى ذلك من قولهما ولم يتعذر ذلك ههنا فوجب أن لايفوت ذلك عليه كالرشيد

(الحال الثاني) أن للولي أن يأذن له في التزويج في الحال التي للولي تزويجه فيها وهي حالة الحاجة لانه من أهل النكاح فانه عاقل مكلف ولذلك يملك الطلاق والخلع فجاز أن يفوض اليه ذلك ثم هو مخير بين أن يعين له المرأة أو يأذن له مطلقا . وقال بعض الشافعية يحتاج إلى التعيين لئلا يتزوج شريفة يكثر مهرها ونفقتها فيتضرر بذلك

ولنا أنه أذن في النكاح فجاز من غير تعيين كالاذن للعبد وبهذا يبطل ماذكروه ولا يتزوج إلا بمهر المثل فان زاد على مهر المثل بطلت الزيادة لانها محاباة بماله ولا يملكها ، وإن نقص عن مهر المثل جاز لانه ربح من غير خسران

(الحال الثالث) اذا تزوج بغير اذن فقال ابو بكر يصح النكاح أومأ اليه احمد ، قال القاضي يعني اذا كان محتاجا فان عدمت الحاجة لم يجز لانه اتلاف لماله في غير فائدة ، وقال أصحاب الشافعي إن أمكنه استئذان وليه لم يصح إلا باذنه لانه محجور عليه فلم يصح منه التصرف بغير اذن كالعبد ، وإن طلب منه النكاح فأبى أن يزوجه ففيه وجهان

ولنا أنه اذا احتاج الى النكاح فحقه متعين فيه فصح استيفاؤه بنفسه كما لو استوفى دينه الحال عند امتناع وليه من استيفائه ، فاما أن تزوج من غير حاجة لم يصح فان وطيء الزوجة فعليه مهر المثل لانه أتلف بضعها بشبهة فلزمه عوض ماأتلف كما لو أتلف مالها

ولنا أنها محتاجة اليه لدفع ضرر الشهوة عنها وصيانتها عن الفجور وتحصيل النفقة والمهر فجاز تزويجها تحصيلا لهذه المصالح كغيرها

(فصل) في تزويج المجنونة ان كانت ممن يجبر او كانت عاقلة جاز تزويجها لمن يملك اجبارها لانه اذا ملك اجبارها مع عقلها وامتناعها فمع عدمه اولى، وان كانت ممن لايجبر فهي ثلاثة اقسام (أحدها)ان يكون وليها الاب أو وصيه كالبنت الكبيرة فهذه يجوز لوليها تزويجها ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الخرقي ولانه جعل للاب تزويج المعتوه فالمرأة اولى وهذا قول الشافعي وابي حنيفة ومنع منه أبو بكر لانها ولاية اجبار وليس على البنت ولاية اجبار والاول اصح فان ولاية الاجبار انما انتفت عن العاقلة لحصول المباشرة منها والخيرة وهذه بخلاف ذلك، وكذلك الحكم في البنت الصغيرة اذا قلنا بعدم الاجبار في حقها اذا كانت عاقلة (القسم الثاني) ان يكون وليها الحاكم وفيها وجهان احدهما ليس له بحال لان هذه ولاية اجبار فلا يثبت لغير الاب بحال عضلها والثاني له تزويجها اذا ظهر منها شهوة الرجال كبيرة كانت او صغيرة وهو اختيار ابن حامد وأبي الخطاب وقول ابي حنيفة لان لها حاجة اليه لدفع

(فصل) وليس لغير الاب تطليق امرأة المولي عليه سواء كان ممن يملك التزويج كوصي الاب والحاكم على قول ابن حامد أو لايملكه لا نعلم في هذا خلافا ، فأما الاب اذا زوج ابنه الصغير أو المجنون فقد قال احمد في رجلين زوج أحدهما ابنه بابنة الآخر وهما صغيران ثم ان الابوين كرها هل لهما أن يفسخا فقال قد اختلف في ذلك وكأنه رآه قال ابو بكر لم يبلغني عن ابي عبد الله في هذه المسئلة إلا هذه الرواية فتتخرج على قولين

(أحدهما) يملك ذلك وهو قول عطاء وقتادة لانها ولاية يستفيد بها تمليك البضع فجاز أن يملك بها إزالته اذا لم يكن متهما كالحاكم يملك الطلاق على الصغير والمجنون بالاعتبار (والقول الثاني) لايملك ذلك وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لقول النبي ﷺ « إنما الطلاق لمن أخذ بالساق ولانه لايملك البضع فلا يملك الطلاق بنفسه كوصي الاب والحاكم وكالسيد يزوج عبده الصغير ، وبهذه الاصول يبطل دليل القول الاول

(فصل) واذا ادعت امرأة المجنون عنته لم تضرب له مدة لانها لاتثبت إلا باقرار الزوج ولاحكم لاقراره ، وان أقر بالعنة وهو صحيح فضربت له المدة ثم جن وانقضت المدة وطالبت المرأة بالفسخ لم يفسخ لانها إن كانت ثيبا فالقول قوله ، وإن كانت بكرا فادعى منعها إياه نفسها وأنه وطئها فعادت عذرتها فله استحلافها فاذا كان لايعبر عن نفسه لم يستحلف ولا يثبت ماقاله فلم يفسخ عليه

(مسئلة) قال (واذا زوج أمته بغير اذنها فقد لزمها النكاح كبيرة كانت أو صغيرة)

ضرر الشهوة عنها وصيانتها عن الفجور وتحصيل المهر والنفقة والعفاف وصيانة العرض ولاسبيل الى اذنها فأبيح تزويجها كالثيب مع ابيها وكذلك ينبغي ان يملك تزويجها ان قال أهل الطب علتها تزول بتزويجها لان ذلك من أعظم مصالحها وقال الشافعي لايملك تزويج صغيرة بحال ويملك تزويج الكبيرة اذا قال أهل الطب ان علتها تزول بتزويجها

ولنا أن المعنى المبيح للتزويج وجد في حق الصغيرة فأبيح تزويجها كالكبيرة اذا أظهرت شهوة الرجال ففي تزويجها مصلحتها ودفع حاجتها ، وتعرف شهوتها من كلامها من قرائن أحوالها كتتبعها الرجال وميلها اليهم وأشباه ذلك (القسم الثالث) من وليها غير الاب والحاكم فقال القاضي لايزوجها الا الحاكم فيكون حكمها حكم القسم الثاني على ما بينا وقال أبو الخطاب لهم تزويجها في الحال التي يملك الحاكم تزويج موليته فيها وهذا قول أبي حنيفة لان ولايتهم مقدمة على ولاية الحاكم فقدموا عليه في التزويج كما لو كانت عاقلة، ووجه قول القاضي أن الحاكم هو الناظر في ما لها دونهم فكان وليا دونهم كتزويج أمتها ولان هذا دفع حاجة ظاهرة فكانت الى الحاكم كدفع حاجة الجوع والعرى فان كان وصيا في مالها لم يملك تزويجها لانه لا ولاية له والحكم في تزويجها حكم من وليها غير الاب والحاكم كما ذكرناه

لا نعلم في هذا خلافاً وذلك لان منافعهـا مملوكة له والنكاح عقد على منفعتها فأشبه عقد الاجارة ولذلك ملك الاستمتاع بها وبهذا فارقت العبد ولانه ينتفع بتزويجهـا لما حصل له من مهرها وولدها ويسقط عنه من نفقتها وكسوتها بخلاف العبد

(فصل) والمدبرة والمعلق عتقهـا بصفة وأم الولد كالامة القن في اجبارها على النكاح ، وقال مالك آخر أمره ليس له تزويج أم ولده بغير اذنهـا وكرهه ربيعة ، وللشافعي فيه قولان لانه لا يملك التصرف في رقبتها فكذلك لا يملك تزويجهـا بغير اذنها كاخته

ولنا أنهـا مملوكته يملك الاستمتاع بها واجارتها فملك تزويجهـا كالقن ولانها إحدى منفعتيها فملك أحد عوضيها كسائر منافعهـا ، وماذكروه يبطل بابنته الصغيرة لا يملك رقبتها ويملك تزويجها ، وإذا ملك أخته من الرضاع او مجوسية فله تزويجهما ، وان كانتا محرمتين عليه لان منافعهما ملكه وانما حرمتا عليه لعارض، فأما التي بعضها حر فلا يملك سيدها إجبارها لانه لا يملك جميعها ولا يملك إجبار المكاتبة لانها بمنزلة الخارجة عن ملكه ولذلك لا يملك وطأها ولا إجارتها ولا تلزمه نفقتها ولا يصل اليه مهرها فهي كالعبد

(فصل) فان طلبت الامة من سيدها تزويجها فان كان يطؤها لم يجبر على تزويجهـا لان عليه ضرراً في تزويجها ووطؤه لها يدفع حاجتهـا فان كان لا يطؤها لـكونها محرمة عليه كالمجوسية وأخته من الرضاع او محللة له لـكن لا يرغب في وطئها أجبر على تزويجهـا أو وطئها ان كانت محللة له وازالة ملـكه عنها لانه وليها فأجبر على تزويجها كالحرة ، ولان حاجتهـا قد تشتد الى ذلك فأجبر على دفعها كالاطعام والـكسوة واذا امتنع أجبره الحاكم ، وان طلبت منه من نصفها حر أو المـكاتبة أو أم الولد التزويج أجبر عليه لانه وليهن فأجبر على تزويجهن كالحرائر

﴿مسئلة﴾ (وليس لهم تزويج صغيرة بحال)

لما روي أن قدامة بن مظعون زوج ابنة أخيه من عبد الله بن عمر فرفع ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال «انها يتيمة ولا تنكح الا باذنها» لا اذن لهؤلاء وعن احمد ان لهم ذلك ولها الخيار اذا بلغت وهو قول الحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء وطاوس وقتادة وابن شبرمة والاوزاعي وأبي حنيفة وقال هؤلاء عن ابي حنيفة اذا زوج الصغيرين غير الاب فلهما الخيار إذا بلغا لقول الله تعالى (وان خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء) مفهومه أنه إذا لم يخف فله تزويج اليتيمة، واليتيمة التي لم تبلغ لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يتم بعد احتلام » قال عروة سألت عائشة عن قول الله تعالى (وان خفتم الا تقسطوا في اليتامى) قالت يا ابن أختي هذه اليتيمة تكون في حجر وليها يعجبه مالها وجمالها يريد أن يتزوجها بغير أن يقسط في صداقها فيعطيها مثل ما يعطيها غيره فنهوا عن نكاحهن الا ان يقسطوا فيهن ويبلغوا أعلى سنتهن في الصداق . متفق عليه وروت عائشة ان جارية بكرا زوجها أبوها وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم الحديث مرسل (والثالثة) لهم تزويجها إذا بلغت تسع سنين

(فصل) واذا اشترى عبده المأذون أمة وركبته ديون ملك سيده تزويجها وبيعها واعتاقها نص عليه أحمد وذكره أبو بكر وقال السيد وطؤها ، وقال الشافعي ليس له شيء من ذلك لما فيه من الاضرار بالغرماء ، وأصل الخلاف ينبني على دين المأذون له في التجارة فعندنا يلزم السيد فلا يلحق الغرماء ضرر بتصرف السيد في الامة فان الدين ماتعلق بها وعنده أن الدين يتعلق بالعبد وبما في يده فيلحقهم الضرر والكلام على هذا يذكر في موضعه

(فصل) وليس للسيد اكراه أمته على التزويج بمعيب عيباً يرد به في النكاح لأنه يؤثر في الاستمتاع وذلك حق لها ولذلك ملكت الفسخ بالجب والعنة والامتناع من العبد دون السيد وفارق بيعها من معيب لانه لايراد للاستمتاع ولهذا ملك شراء الامة المحرمة ولم تملك الامة الفسخ لعيبه ولا عنته ولا إيلائه، وان زوجها من معيب فهل يصح؟ على وجهين فان قلنا يصح فلها الفسخ وان كانت صغيرة فهل له الفسخ في الحال او ينتظر بلوغها؟ على وجهين ، ومذهب الشافعي هكذا في هذا الفصل كله

(مسئلة) قال (ومن زوج عبده وهو كاره لم يجز الا ان يكون صغيرا)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) أن السيد لا يملك اجبار عبده البالغ العاقل على النكاح وبهذا قال الشافعي في أحد قوليه وقال مالك وأبو حنيفة له ذلك لقول الله تعالى (وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم) ولانه يملك رقبته فملك اجباره على النكاح كالامة ولانه يملك اجارته فأشبه الامة .

لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « تستأمر اليتيمة في نفسها فان سكتت فهو إذنها وإن أبت فلا جواز عليها » رواه أبو داود وقد انتفى الاذن فيمن لم تبلغ تسع سنين فيجب حمله على من بلغت تسعاً .

(فصل) ويستحب للاب استئذان ابنته البكر لان النبي صلى الله عليه وسلم أمر به ونهى عن الانكاح بدونه ، واقل أحوال ذلك الاستحباب ولان فيه تطييب قلبها وخروجا من الخلاف ، وقالت عائشة سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجارية ينكحها أهلها تستأمر أم لا ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «نعم تستأمر» وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «استأمروا النساء في ابضاعهن فان البكر تستحي فتسكت فهو اذنها» متفق عليها وروي عن عطاء قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يستأمر بناته إذا انكحهن قال كان يجلس عند خدر المخطوبة فيقول«إن فلانا يذكر فلانة» فان حركت الخدر لم يزوجها وان سكتت زوجها. ويستحب استئذان المرأة في تزويج ابنتها لقول النبي صلى الله عليه وسلم «آمروا النساء في بناتهن» ولانها تشاركه في النظر لبنتها وتحصيل المصلحة لها لشفقتها عليها وفي استئذانها تطييب قلبها وارضاؤها فيكون أولى

ولنا أنه مكلف يملك الطلاق فلا يجبر على النكاح كالحر ولان النكاح خالص حقه ونفعه له فأشبه الحر والامر بانكاحه مخصوص بحال طلبه بدليل عطفه على الايامى وانما يزوجن عند الطلب ومقتضى الامر الوجوب وانما يجب تزويجه عند طلبه، وأما الامة فانه يملك منافع بضعها والاستمتاع بها بخلاف العبد، ويفارق النكاح الاجارة لانها عقد على منافع بدنه وهو يملك استيفاءها .

(الفصل الثاني) في العبد الصغير الذي لم يبلغ للسيد تزويجه في قول أكثر أهل العلم الا أن بعض الشافعية قال فيه قولان وقال أبو الخطاب يحتمل أن لا يملك تزويجه .

ولنا أنه اذا ملك تزويج ابنه الصغير فعبده مع ملكه له وتمام ولايته عليه أولى وكذلك الحكم في عبده المجنون .

(فصل) والمهر والنفقة على السيد سواء ضمنهما أو لم يضمنهما وسواء باشر العقد أو أذن لعبده فعقده وسواء كان مأذونا له في التجارة أو محجوراً عليه نص عليه أحمد وعنه ما يدل على أن ذلك يتعلق بكسبه فانه قال نفقته من ضريبته وقال ان كان بقيمة ضريبته انفق عليها .ولا يعطى المولى وان لم يكن عنده ما ينفق يفرق بينهما وهذا قول الشافعي، وفائدة الخلاف أن من الزم السيد المهر والنفقة أوجبها عليه وان لم يكن للعبد كسب وليس للمرأة الفسخ لعدم كسب العبد وللسيد استخدامه ومنعه من الاكتساب ومن علقه بكسبه فلم يكن له كسب فللمرأة الفسخ وليس للسيد منعه من الكسب

ولنا أنه حق تعلق بالعبد برضا سيده فتعلق بسيده وجاز بيعه فيه كما لو رهنه بدين . فعلى هذا لو باعه سيده أو أعتقه لم يسقط المهر عن السيد نص عليه لانه حق تعلق بذمته فلم يسقط ببيعه وعتقه

﴿مسئلة﴾ (واذن الثيب الكلام واذن البكر الصمات)

اما الثيب فلا نعلم بين اهل العلم خلافا في ان اذنها الكلام للخبر وان اللسان هو المعبر عما في القلب وهو المعتبر في كل موضع يعتبر فيه .الاذن غير اشياء يسيرة اقيم الصمت فيها مقامه لعارض ، واما البكر فاذنها صماتها في قول عامة اهل العلم منهم شريح والشعبي والنخعي والثوري والاوزاعي وابن شبرمة وابو حنيفة، ولا فرق بين كون الولي ابا او غيره وقال اصحاب الشافعي في صمتها في حق غير الاب وجهان (احدهما) لايكون إذنا لان الصمات عدم الاذن فلا يكون اذنا ولانه محتمل للرضا وغيره فلا يكون اذنا كما في حق الثيب وانما اكتفى به في حق الاب لان رضاها غير معتبر ، وهذا شذوذ عن اهل العلم وترك للسنة.الصحيحة الصريحة يصان الشافعي عن اضافته اليه وجعله مذهبا له مع كونه من اتبع الناس لسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يعرج منصف على هذا القول وقدتقدمت روايتنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال «لاتنكح الايم حتى تستأمر ولاتنكح البكر حتى تستأذن » فقالوا يارسول الله فكيف اذنها؟ قال « ان تسكت » وفي رواية عن عائشة انها قالت يارسول الله إن

كأرش جنايته فأما النفقة فانها تتجدد فتكون في الزمن المستقبل على المشتري أو على العبد اذا أعتق

(فصل) ويجوز أن يتزوج السيد لعبده باذنه ويجوز أن يأذن العبد فيتزوج لنفسه لانه مكلف يصح طلاقه فكان من أهل مباشرة النكاح كالحر ويجوز أن يأذن له مطلقا ومقيداً، فان عين له امرأة أو نساء بلد أو قبيلة أو حرة أو أمة فتزوج غيرها لم يصح لانه متصرف بالاذن فقيد تصرفه بما أذن له فيه كالوكيل وان أذن له مطلقا فله أن يتزوج من شاء لكن إن تزوج امرأة من بلدة أخرى فللسيد منعه من الخروج اليها وان كانت في البلد فعلى السيد ارساله ليلا للاستمتاع وان أحب سيده أن يسكنها في مسكن من داره فله ذلك اذا كان مسكن مثلها ولا يلزمه ارساله نهاراً لانه يحتاج إلى استخدامه وليس النهار محلا للاستمتاع ولسيده المسافرة به فان حق امرأة العبد عليه لا يزيد على حق امرأة الحر والحر يملك المسافرة وان كرهت امرأته كذا ههنا

(فصل) وللسيد أن يعين له المهر وله أن يطلق فان تزوج بما عينه أو دونه أو بمهر المثل عند الاطلاق أو دونه لزم المسمى وان تزوج بأكثر من ذلك لم يلزم السيد الزيادة، وهل تتعلق برقبة العبد أو بذمته يتبع بها بعد العتق ؟ على روايتين بناء على استدانة العبد المحجور عليه وقد ذكر في باب المضاربة

(فصل) وان تزوج أمة ثم اشتراها باذن سيده لسيده لم يؤثر ذلك في نكاحه وان اشتراها لنفسه وقلنا ان العبد لا يملك بالتمليك فكذلك وان قلنا يملك بالتمليك انفسخ نكاحه كما لو اشترى الحر امرأته وله وطؤها بملك اليمين اذا اذن له السيد فان كان نصفه حراً فاشتراها في ذمته أو بما يختص بملكه انفسخ نكاحه لانه ملكها وحلت له بملك يمينه وان ملك بعضها انفسخ نكاحه ولم تحل له لانه لا يملك جميعها وان اشتراها بعين مال مشترك بينه وبين سيده بغير إذنه وقلنا لا تفرق الصفقة لم يصح البيع والنكاح بحاله وان قلنا بتفريقها صح في قدر ماله وانفسخ النكاح لملكه بعضها

(فصل) وإن اشترت الحرة زوجها أو ملكته بهبة أو غيرها انفسخ النكاح لان ملك النكاح

البكر تستحي قال «رضاؤها صمتها» متفق عليه ، وفي رواية «تستأمر اليتيمة في نفسها فان سكتت فهو اذنها» وهذا صريح في غير ذات الاب والاخبار في هذا كثيرة ولان الحياء عقلة على لسانها يمنعها النطق بالاذن ولا تستحي من ابائها وامتناعها فاذا سكتت غلب على الظن انه كرضاها فاكتفي به وماذكروه يفضي إلى ان لا يكون صمتها إذنا في حق الاب ايضاً لانهم جعلوا وجوده كعدمه فيكون إذا رداً على النبي صلى الله عليه وسلم بالكلية واطراحا للاخبار الصريحة الجلية وخرقا لاجماع الامة

(فصل) فان اذنت بالنطق فهو ابلغ واتم ، وان ضحكت او بكت فهو بمنزلة سكوتها ، وقال ابو يوسف ومحمد ان بكت فليس باذن لانه يدل على الكراهة وليس بصمت فيدخل في عموم الحديث .

ولنا ما روى ابو بكر باسناده عن ابي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « تستأمر

واليمين يتنافيان لاستحالة كون الشخص مالكا لمالكه ولان المرأة تقول أنفق علي لانني امرأتك وأنا أسافر بك لانك عبدي ويقول هو أنفقي علي لانني عبدك وأنا أسافر بك لانك امرأتي فيتنافى ذلك فيثبت أقواهما وهو ملك اليمين وينفسخ النكاح لانه أضعف ولها على سيده المهر إن كان بعد الدخول وله عليها الثمن فان كانا دينين من جنس تقاصا وتساقطا وإن كانا متساويين وإن تفاضلا سقط الاقل منهما بمثله وبقي الفاضل ، وإن اختلف جنسهما لم يتساقطا وعلى كل واحد منهما تسليم ماعليه إلى صاحبه . وقال الشافعي في أحد قوليه يسقط مهرها لانه دين في ذمة العبد فاذا ملكته لم يجز أن يثبت لها دين في ذمة عبدها كما لو أتلف لها مالا ، وهذا بناء منه على أن المهر يتعلق بذمة العبد وقد بينا أنه يتعلق بذمة سيده فلا يؤثر ملك العبد في اسقاطه

وذكر القاضي فيه وجها أنه يسقط لان ثبوت الدين في ذمة السيد تبع لثبوته في ذمة العبد فاذا سقط من ذمة العبد سقط من ذمة السيد تبعا كالدين الذي على الضامن اذا سقط من ذمة المضمون عنه ولا يعرف هذا في المذهب ، ولانه ثبت في الذمتين جميعا احداهما تبعا للاخرى بل المذهب على أنه لا يسقط بعد الدخول بحال ، فأما إن كان الشراء قبل الدخول سقط نصفه كما لو طلقها قبل دخوله بها وفي سقوط باقيه وجهان (أحدهما) لا يسقط لان زوال الملك انما هو بفعل البائع فالفسخ اذاً من جهته فلم يسقط جميع المهر كالخلع (والثاني) يسقط لان الفسخ انما تم بشراء المرأة فأشبه الفسخ بالعيب في أحدهما وفسخها لاعساره وشراء الرجل لامرأته

(فصل) فان ابتاعته بصداقها صح نص عليه احمد وذكره ابو بكر والقاضي ويرجع عليها بنصفه إن قلنا يسقط نصفه أو بجميعه إن قلنا يسقط جميعه، ويحتمل أن لا يصح البيع وهو قول أصحاب الشافعي

اليتيمة فان بكت او سكتت فهو رضاها وان ابت فلا جواز عليها» ولانها غير ناطقة بالامتناع مع سماعها للاستئذان فكان اذنا منها كالصمات والضحك والبكاء يدل على فرط الحياء لا على الكراهة ولو كرهت لامتنعت فانها لا تستحي من الامتناع والحديث يدل بصريحه على أن الصمت اذن وبمعناه على ما في معناه من الضحك والبكاء ولذلك اقمنا الضحك مقامه

﴿مسألة﴾ (ولا فرق بين الثيوبة بوطء مباح او محرم)

وجملته ان الثيب المعتبر نطقها هي الموطوءة في القبل سواء كان الوطء مباحا او محرما وهذا مذهب الشافعي وقال مالك وابو حنيفة في المصابة بالفجور حكمها حكم البكر في إذنها وتزويجها لان علة الاكتفاء بصمات البكر الحياء من الشيء ولا يزول الا بمباشرته وهذه لم تباشر الاذن في النكاح فبقي حياؤها منه بحاله .

ولنا قوله عليه السلام «البكر تعرب عن نفسها» ولان قوله عليه السلام «لا تنكح الأيم حتى تستأمر

لان ثبوته يقتضي نفيه فان صحة البيع تقتضي فسخ النكاح وسقوط المهر يقتضي بطلان البيع لانه عوض ولا يصح بغير عوض

ولنا انه يجوز أن يكون ثمنا لغير هذا العبد فجاز أن يكون ثمنا له كغيره من الديون وما سقط منه يرجع عليه به

﴿ مسئلة ﴾ قال (فاذا زوج الوليان فالنكاح للأول منهما)

وجملة ذلك أنه ان كان المرأة وليان فاذنت لكل واحد منهما في تزويجها جاز سواء أذنت في رجل معين أو مطلقا فقالت قد أذنت لكل واحد من أوليائي في تزويجي من أراد فاذا زوجها الوليان لرجلين وعلم السابق منهما فالنكاح له دخل بها الثاني أو لم يدخل وهذا قول الحسن والزهري وقتادة وابن سيرين والاوزاعي والثوري والشافعي وأبي عبيد وأصحاب الرأي، وبه قال عطاء، ومالك مالم يدخل بها الثاني فان دخل بها الثاني صار أولى لقول عمر اذا أنكح الوليان فالاول أحق مالم يدخل بها الثاني ولان الثاني اتصل بعقده القبض فكان أحق

ولنا ماروى سمرة وعقبة عن النبي ﷺ أنه قال « أيما امرأة زوجها وليان فهي للأول » أخرج حديث سمرة ابو داود والترمذي و أخرجه النسائي عنه وعن عقبة . وروي نحو ذلك عن علي وشريح ولان الثاني تزوج امرأة في عصمة زوج فكان باطلا كما لو علم أن لها زوجا ، ولانه نكاح باطل لو عرى عن الدخول فكان باطلا وإن دخل كنكاح المعتدة والمرتد وكما لو علم ، فأما حديث عمر رضي الله عنه فلم يصححه أصحاب الحديث وقد خالفه قول علي رضي الله عنه وجاء على خلاف حديث النبي ﷺ وما ذكروه من القبض لامعنى له فان النكاح يصح بغير قبض على أنه لا أصل له فيقاس عليه ثم يبطل بسائر الانكحة الفاسدة

ولاتنكح البكر حتى تستأذن واذنها ان تسكت » يدل على انه لابد من نطق الثيب لانه قسم النساء قسمين فجعل السكوت اذناً لأحدهما فوجب ان يكون الآخر بخلافه وهذه ثيب فان الثيب الموطوءة في القبل وهذه كذلك ولانه لو وصى لثيب النساء دخلت في الوصية ولو وصى للابكار لم تدخل ولو شرطها في التزويج أو الشراء فوجدها مصابة بالزنا ملك الفسخ، ولانها موطوءة في القبل اشبهت الموطوءة بشبهة والتعليل بالحياء لايصح فانه امر خفي لايمكن اعتباره بنفسه وانما يعتبر بمظنته وهي البكارة ثم هذا التعليل يفضي إلى ابطال منطوق الحديث فيكون باطلا في نفسه، ولافرق بين المكرهة والمطاوعة، وعلى هذا ليس لابيها إجبارها إذا كانت بالغة، وفي تزويجها إن كانت صغيرة وجهان وقولهم انها لم تباشر الاذن قلنا يبطل بالموطوءة بشبهة وبملك يمين والمزوجة وهي صغيرة .

﴿مسئلة﴾ (فأما زوال البكارة بأصبع او وثبة فلا يغير صفة الاذن)

(فصل) اذا استوى الاولياء في الدرجة كالاخوة وبنيهم والاعمام وبنيهم فالأولى تقديم أكبرهم وأفضلهم لان النبي ﷺ لما تقدم اليه محيصة وحويصة وعبد الرحمن بن سهل فتكلم عبد الرحمن بن سهل وكان أصغرهم فقال النبي ﷺ « كبر كبر » أي قدم الاكبر قدم الاكبر فتكلم حويصة ، وان تشاحوا ولم يقدموا الاكبر أقرع بينهم لان حقهم استوى في القرابة وقد كان النبي ﷺ إذا أراد السفر أقرع بين نسائه لتساوي حقوقهن كذا ههنا ، فان بدر واحد منهم فزوج كفؤاً باذن المرأة صح وان كان هو الاصغر المفضول الذي وقعت القرعة لغيره لانه تزويج صدر من ولي كامل الولاية باذن موليته فصح كما لو انفرد وانما القرعة لازالة المشاحة

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان دخل بها الثاني وهو لا يعلم انها ذات زوج فرق بينهما وكان لها عليه مهر مثلها ولم يصبها زوجها حتى تحيض ثلاث حيض بعد آخر وقت وطئها الثاني)

أما إذا علم الحال قبل وطء الثاني لها فانها تدفع الى الاول ولا شيء على الثاني لان عقده عقد فاسد لا يوجب شيئا ، وان وطئها الثاني وهو لا يعلم فهو وطء شبهة يجب لها به المهر وترد إلى الاول ولا يحل له وطؤها حتى تنقضي عدتها بثلاث حيض ان كانت من ذوات الاقراء ولم تحمل ، نص عليه أحمد وهو قول قتادة والشافعي وابن المنذر وقال أحمد رحمه الله لها صداق بالمسيس وصداق من هذا ولا يرد الصداق الذي يؤخذ من الداخل بها على الذي دفعت اليه وذلك لان الصداق في مقابلة الاستمتاع بها فكان لها دون زوجها كما لو وطئت بشبهة أو مكرهة ، ولا يحتاج هذا النكاح الثاني الى فسخ لانه

إذا ذهبت بكارتها بغير الوطء كالوثبة أوشدة حيضة أو أصبع أوعود فحكمها حكم الابكار ذكره ابن حامد لانها لم يجر المقصود ولا وجد وطؤها في القبل فاشبهت من لم تزل عذرتها وكذلك لو وطئت في الدبر لانها غير موطوءة في القبل.

(فصل) إذا اختلف الزوج والمرأة في إذنها قبل الدخول فالقول قولها في قول أكثر الفقهاء وقال زفر في الثيب كقول الجماعة وفي البكر القول قول الزوج لان الاصل السكوت والكلام حادث والزوج يدعى الاصل والقول قوله .

ولنا أنها منكرة للاذن والقول قول المنكر ولانه يدعي أنها استؤذنت وسمعت فصمتت والاصل عدم ذلك وهذا جواب عن قوله ، وان اختلفا بعد الدخول فقال القاضي قول الزوج لان التمكين من الوطء دليل على الاذن وصحة البكارة فكان الظاهر معه ، وهل تستحلف المرأة إذا قلنا القول قولها؟ قال القاضي : قياس المذهب أنه لا يمين عليها كما لو ادعى زوجيتها فانكرته وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأبو يوسف ومحمد تستحلف فان نكلت فقال أبو يوسف ومحمد ثبت النكاح وقال الشافعي يستحلف الزوج ويثبت النكاح .

باطل ولايجب لها المهر الا بالوطء دون مجرد الدخول والوطء دون الفرج لانه نكاح باطل لا حكم له ، ويجب مهر المثل لانه يجب بالاصابة لا بالتسمية . وذكر أبو بكر ان الواجب المسمى ، قال القاضي هو قياس المذهب والاول أصح لما قلناه والله اعلم

﴿مسئلة﴾ قال (فان جهل الاول منهما فسخ النكاحان)

وجملة ذلك أنه اذا جهل الاول منهما فلا فرق بين أن لا يعلم كيفية وقوعهما أو يعلم ان أحدهما قبل الآخر لا بعينه أو يعلم بعينه ثم يشك فالحكم في جميعها واحد وهو أن يفسخ الحاكم النكاحين جميعا نص عليه احمد في رواية الجماعة ثم تتزوج من شاءت منهما أو من غيرهما ، وهذا قول أبي حنيفة ومالك وعن أحمد رواية أخرى انه يقرع بينهما فمن تقع له القرعة أمر صاحبه بالطلاق ثم يجدد القارع نكاحه ، فان كانت زوجته لم يضره تجديد النكاح شيئا وان كانت زوجة الآخر بانت منه بطلاقه وصارت زوجة هذا بعقده الثاني لان القرعة تدخل التمييز بالحقوق عند التساوي كالسفر باحدى نسائه والبداءة بالمبيت عند إحداهن وتعيين الانصباء في القسمة

وقال الثوري وأبو ثور يجبرهما السلطان على أن يطلق كل واحد منهما طلقة فان أبيا فرق بينهما ، وهذا قريب من قولنا الاول لانه تعذر إمضاء العقد الصحيح فوجب إزالة الضرر بالتفريق ، وقال الشافعي وابن المنذر : النكاح مفسوخ لانه تعذر امضاؤه ، وهذا لا يصح فان العقد الصحيح لا يبطل بمجرد إشكاله كما لو اختلف المتبايعان في قدر الثمن فان العقد لا يزول إلا بفسخه كذا ههنا . وقد

ولنا أنه اختلاف في زوجيته فلا يثبت بالنكول كما لو ادعى الزوج أصل التزويج فأنكرته، فان كانت المرأة ادعت أنها اذنت وأنكرته ورثة الزوج فالقول قولها لانه اختلاف في أمر مختص بها صادر من جهتها فكان القول قولها فيه كما لو اختلفوا في نيتها فيما تعتبر فيه نيتها ولانها تدعي صحة العقد وهم يدعون فساده فالظاهر معها

(فصل) في المحجور عليه للسفه والكلام في نكاحه في ثلاثة أحوال :

(أحدها) أن لوليه تزويجه إذا علم حاجته الى النكاح لانه نصب لمصالحه وهذا من مصالحه لأنه يصون به دينه وعرضه ونفسه . فانه ربما تعرض بترك التزويج للاثم بالزنا الموجب الحد وهتك العرض ، وسواء علم بحاجته بقوله أو بغير قوله وسواء كانت حاجته الى الاستمتاع أو الى الخدمة فيزوجه امرأة تحل له لانه يحتاج الى الخلوة بها وان لم يكن به حاجة اليه لم يجز تزويجه لانه يلزمه بالنكاح حقوق من المهر والنفقة والعشرة والمبيت والسكنى فيكون تضييعاً لماله ونفسه في غير فائدة فلم يجز كتبذير ماله واذا أراد تزويجه استأذنه في تزويجه فان زوجه بغير اذنه فقال أصحابنا يصح لانه عقد معاوضة فملكه الولي في حق المولى عليه كالبيع ولانه محجور عليه أشبه

روي عن شريح وعمر بن عبد العزيز وحماد بن ابي سلمان انها تخير فأيهما اختارته فهو زوجها وهذا غير صحيح فان أحدهما ليس بزوج لها فلم تخير بينهما كما لو لم يعقد الا أحدهما كما لو أشكل على الرجل امرأته في النساء أو على المرأة زوجها، إلا أن يريدوا بقولهم انها إذا اختارت أحدهما فرق بينها وبين الآخر ثم عقد المختار نكاحها فهذا حسن فانه يستغنى بالتفريق بينها وبين أحدهما عن التفريق بينها وبينهما جميعا وبفسخ أحد النكاحين عن فسخهما، فان أبت ان تختار لم تجبر وكذلك ينبغي انه إذا أقرع بينهما فوقعت القرعة لأحدهما لم تجبر على نكاحه لانه لا يعلم انه زوجها فيتعين إذاً فسخ النكاحين ولها أن تتزوج من شاءت منهما أو من غيرهما في الحال ان كان قبل الدخول وان كان أحدهما دخل بها لم تنكح حتى تنقضي عدتها من وطئه

(فصل) فان ادعى كل واحد منهما انه السابق بالعقد ولا بينة لهما لم تقبل قولهما، وإن أقرت المرأة لاحدهما لم يقبل اقرارها نص عليه احمد وقال أصحاب الشافعي يقبل كما لو أقرت ابتداء

ولنا أن الخصم في ذلك هو الزوج الاخر فلم يقبل اقرارها في ابطال حقه كما لو أقرت عليه بطلاق وإن ادعى الزوجان على المرأة أنها تعلم السابق منهما فأنكرت لم تستحلف لذلك، وقال أصحاب الشافعي تستحلف بناء منهم على أن اقرارها مقبول، فان فرق بينها وبين أحدهما لاختيارها لصاحبه أو لوقوع القرعة له وأقرت له أن عقده سابق فينبغي أن يقبل اقرارها لانهما اتفقا على ذلك من غير خصم منازع فأشبه مالو لم يكن صاحب عقد آخر

(فصل) وإن علم أن العقدين وقعا معا لم يسبق أحدهما الآخر فهما باطلان لاحاجة إلى فسخهما

الصغير والمجنون، ويحتمل أن لا يملك تزويجه بغير اذنه لانه يملك الطلاق فلم يجبر على النكاح كالرشيد والعبد الكبير وذلك لان اجباره على النكاح مع ملك الطلاق مجرد اضرار فانه يطلق فيلزمه الصداق مع فوات النكاح ولانه قد يكون له غرض في امرأة ولا يكون له في أخرى فاذا أجبر على من يكرهها لم يحصل له المصلحة منها وفات عليه غرضه من الاخرى فيحصل مجرد ضرر مستغنى عنه وانما جاز ذلك في حق المجنون والطفل لعدم امكان الوصول الى ذلك من قولهما ولا يتعذر ذلك ههنا فوجب أن لا يفوت ذلك عليه كالرشيد (الحال الثاني) أن للولي أن يأذن له في التزويج في الحال التي للولي تزويجه فيها وهي حالة الحاجة لانه من أهل النكاح فانه عاقل مكلف وكذلك يملك الطلاق والخلع فجاز أن يفوض اليه ذلك وهو مخير بين أن يعين له امرأة أو يأذن له مطلقاً وقال بعض الشافعية يحتاج الى التعيين له لئلا يتزوج شريفة يكثر مهرها ونفقتها فيتضرر بذلك

ولنا أنه أذن في النكاح فجاز من غير تعيين كالاذن للعبد وبهذا يبطل ما ذكروه، ولا يتزوج الا بمهر المثل فان زاد على مهر المثل بطلت الزيادة لأنها محاباة بماله وهو لا يملكها وان نقص عن مهر المثل جاز لانه تزوج من غير خسران (الحال الثالث) اذا تزوج بغير اذن فقال أبو بكر يصح النكاح

لانهما باطلان من أصلهما ولا مهر لها على واحد منهما ولاميراث لها منهما ولا يرثها واحد منهما كذلك وإن لم يعلم ذلك فسخ نكاحهما فروي عن أحمد انه يجب لها نصف المهر ويقترعان عليه لان عقد أحدهما صحيح وقد انفسخ نكاحه قبل الدخول فوجب عليه نصف مهرها كما لو خالعها ، وقال أبو بكر لا مهر لها لانهما مجبران على الطلاق فلم يلزمهما مهر كما لو فسخ الحاكم نكاح رجل لعسره أو عنته ؛ وإن ماتت قبل الفسخ والطلاق فلأحدهما نصف ميراثها فيوقف الامر حتى يصطلحا عليه ويحتمل أن يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف انه المستحق وورث ، وإن مات الزوجان فلها ربع ميراث أحدهما ، فان كانت قد أقرت أن أحدهما سابق بالعقد فلا ميراث لها من الآخر وهي تدعي ربع ميراث من أقرت له ، فان كان قد ادعى ذلك أيضا دفع اليها ربع ميراثه ، وإن لم يكن ادعى ذلك وأنكر الورثة فالقول قولهم مع ايمانهم فان نكلوا قضي عليهم، وإن لم تكن المرأة أقرت بسبق أحدهما احتمل أن يحلف ورثة كل واحد منهما ويبرأ ، واحتمل أن يقرع بينهما فمن خرجت قرعته فلها ربع ميراثه وقد روى حنبل عن احمد في رجل له ثلاث بنات زوج إحداهن من رجل ثم مات الاب ولم يعلم أيتهن زوج يقرع بينهن فأيتهن أصابتها القرعة فهي زوجته ، وإن مات الزوج فهي التي ترثه والله أعلم

(فصل) وإن ادعى كل واحد منهما أنه السابق فأقرت لاحدهما ثم فرق بينهما وقلنا بوجوب المهر وجب على المقر له دون صاحبه لاقراره لها به واقرارها ببراءة صاحبه ، وإن ماتا ورثت المقر له دون صاحبه كذلك ، وإن ماتت هي قبلهما احتمل أن يرثها المقر له كما ترثه، واحتمل أن لا يقبل اقرارها له كما لم تقبله في نفسها ، وإن لم تقر لاحدهما إلا بعد موته فهو كما لو أقرت في حياته ، وليس لورثة

أومأ اليه أحمد قال القاضي يعني إذا كان محتاجا فان عدمت الحاجة لم يجز لانه اتلاف لماله في غير فائدة وقال أصحاب الشافعي ان أمكنه استئذان وليه لم يصح الا باذنه لانه محجور عليه فلم يصح منه التصرف بغير اذنه كالعبد وان طلب منه النكاح فأبى أن يزوجه ففيه وجهان

ولنا أنه إذا احتاج الى النكاح فحقه متعين فيه فصح استيفاؤه بنفسه كما لو استوفى دينه الحال عند امتناع وليه من استيفائه ، فأما ان تزوج من غير حاجة لم يصح وإن وطيء فعليه مهر المثل للزوجة لانه أتلف بضعها بشبهة فلزم عوض ما أتلف كاتلاف مالها

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (الثالث الولي فلا نكاح الا بولي)

فان زوجت المرأة نفسها أو غيرها لم يصح ولا تملك توكيل غير وليها فان فعلت لم يصح روي هذا عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة رضي الله عنهم واليه ذهب سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد والثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وابن المبارك وعبيد الله العنبري واسحاق وأبو عبيد، وروى عن ابن سيرين والقاسم بن محمد والحسن بن صالح وأبي يوسف لا يجوز لها ذلك بغير إذن الولي فان فعلت كان موقوفاً على إجازته وقال أبو حنيفة لها أن تزوج نفسها وغيرها وتوكل في الانكاح لان الله تعالى قال (ولا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن) أضاف

كل واحد منهما الانكار لاستحقاقها لان موروثه قد أقر لها بدعواه صحة نكاحها وسبقه بالعقد عليها وإن لم يقر لواحد منهما أقرع بينهما وكان لها ميراث من تقع عليه القرعة وإن كان أحدهما قد أصابها فان كان هو المقر له او كانت لم تقر لواحد منهما فلها المسمى لانه مقر لها به وهي لا تدعي سواه، وإن كانت مقرة للآخر فهي تدعي مهر المثل وهو يقر لها بالمسمى او اصطلحا فلا كلام وإن كان مهر المثل أكثر حلف على الزائد وسقط فان كان المسمى أكثر فهو مقر لها بالزيادة وهي تنكرها فلا تستحقها والله أعلم

(فصل) وإن ادعى زوجية امرأة ابتداء فأقرت له بذلك ثبت النكاح وتوارثا، وقال أبو الخطاب في ذلك روايتان والصحيح أنه مقبول لانها رشيدة أقرت بعقد يلزمها حكمه فقبل اقرارها كما لو أقرت أن وليها باع أمتها قبل بلوغها فأنكر أبوها تزويجها لم يقبل انكاره لان الحق على غيره وقد أقر به وكذلك لو ادعى أنه تزوج امرأة بولي وشاهدين عينهما فأقرت المرأة بذلك وأنكر الشاهدان لم يلتفت الى انكارهما لان الشهادة انما يحتاج اليها مع الانكار ويحتمل أن لا يقبل اقرارها مع انكار ابيها لان تزويجها اليه دونها فان ادعى نكاحها فلم تصدقه حتى ماتت لم يرثها وان مات قبلها فاعترفت فقال ورثته لكل الاقرار منهما بتصديقها وكذلك لو أقرت المرأة دونه فمات قبل أن يصدقها لم ترثه، وإن ماتت فصدقها ورثها لما ذكرنا .

(مسئلة) قال (واذا تزوج العبد بغير اذن سيده فنكاحه باطل)

اجمع أهل العلم على أنه ليس للعبد أن ينكح بغير إذن سيده فان نكح لم ينعقد نكاحه في قولهم

النكاح اليهن ونهى عن منعهن ولانه خالص حقها وهي من أهل المباشرة فصح منها كبيع أمتها ولانها إذا ملكت بيع أمتها وهو تصرف في رقبتها وسائر منافعها ففي النكاح الذي هو عقد على بعض نفعها أولى .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا نكاح الا بولي » رونه عائشة وأبو موسى وابن عباس قال المروذي سألت أحمد ويحيى عن حديث «لا نكاح الا بولي» فقالا صحيح وروي عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « أيما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل فان أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له» رواه الامام أحمد وأبو داود وغيرهما فان قيل فان الزهري رواه وقد أنكره قال ابن جريج سألت الزهري عنه فلم يعرفه قلنا لم ينقل هذا عن ابن جريج غير ابن علية كذلك قال الامام أحمد ويحيى ولو لم يثبت هذا لم يكن فيه حجة لانه قد نقله ثقات عنه فلو نسيه الزهري لم يضره لان النسيان لم يعصم منه انسان قال النبي صلى الله عليه وسلم « نسي آدم فنسيت ذريته » ولانها مولى عليها في النكاح فلا تليه كالصغيرة فأما

جميعاً ، وقال ابن المنذر أجمعوا على أن نكاحه باطل والصواب ماقلنا إن شاء الله فانهم اختلفوا في صحته فمن أحمد في ذلك روايتان أظهرهما أنه باطل وهو قول عثمان وابن عمر وبه قال شريح وهو مذهب الشافعي وعن أحمد أنه موقوف على اجازة السيد فان أجازه جاز وان رده بطل وهو قول أصحاب الرأي لانه عقد يقف على الفسخ فوقف على الاجازة كالوصية

ولنا ماروى جابر قال : قال رسول الله ﷺ « أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو عاهر » رواه الاثرم وابن ماجة ، وروي الخلال باسناده عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو زان » قال حنبل ذكرت هذا الحديث لابي عبدالله قال هذا حديث منكر ورواه أيضاً عن ابن عمر موقوفا عليه من قوله ولانه نكاح فقد شرطه فلم يصح كما لو تزوجها بغير شهود

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان دخل بها فعلى سيده خمسا المهر كما قال عثمان رضي الله عنه الا أن يجاوز الخمسان قيمته فلا يلزم سيده أكثر من قيمته أو يسلمه)

في هذه المسئلة خمسة فصول . (الاول) في وجوب المهر وله حالان (أحدهما) أن لا يدخل بها فلا مهر لها لانه عقد باطل فلا نوجب بمجرده شيئاً كالبيع الباطل وهكذا سائر الانكحة الفاسدة لاتوجب بمجردها شيئاً (الحال الثاني) أن يصيبها فالصحيح من المذهب أن المهر يجب رواه عنه جماعة وروى عنه حنبل أنه لامهر لها إذا تزوج العبد بغير اذن سيده وهذا يمكن حمله على ماقبل الدخول فيكون

الآية فان عضلها الامتناع من زواجها وهذا يدل على أن نكاحها الى الولي وهذا يدل على أنها نزلت في شأن معقل بن يسار حين امتنع من التزويج فدعاه النبي ﷺ فزوجها وأضافه اليها لانها محل له إذا ثبت هذا فانه لا يجوز لها تزويج

﴿مسئلة﴾ (وعن أحمد أن لها تزويج أمتها ومعتقتها)

وهذا يدل على أنه يصح اعتبارها في النكاح فيخرج منه أن لها تزويج نفسها باذن وليها وغيرها بالوكالة وهو مذهب محمد بن الحسن وينبغي أن يكون قولا لابن سيرين ومن معه لان قول النبي صلى الله عليه وسلم «ايما امرأة انكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل» يدل بمفهومه على صحته باذنه ولانها انما منعت الاستقلال بالنكاح لقصور عقلها فلا يؤمن انخداعها ووقوعه منها على وجه المفسدة وهذا مأمون فيما اذا أذن فيه وليها والمذهب الاول لعموم قوله «لا نكاح الا بولي» وهذا يقدم على دليل الخطاب والتخصيص ههنا خرج مخرج الغالب فان الغالب أنها لا تزوج نفسها الا بغير اذن وليها والعلة في منعها صيانتها عن مباشرة ما يشعر بوقاحتها ورعونتها وميلها الى الرجال وذلك ينافي حال أهل الصيانة والمروءة

موافقاً لرواية الجماعة ويمكن حمله على عمومه في عدم الصداق وهو قول ابن عمر رواه الاثرم عن نافع قال كان اذا تزوج مملوك لابن عمر بغير إذنه جلده الحد وقال المرأة انك أبحت فرجك وأبطل صداقها ووجهه أنه وطيء امرأة مطاوعة في غير نكاح صحيح فلم يجب به مهر كالمطاوعة على الزنا قال القاضي هذا اذا كانا عالمين بالتحريم فاما ان جهلت المرأة ذلك فلها المهر لأنه لاينقص عن وطء الشبهة ويمكن حمل هذه الرواية على انه لامهر لها في الحال بل يجب في ذمة العبد تتبع به بعد العتق وهو قول الشافعي الجديد لان هذا حق لزمه برضى من له الحق فكان محله الذمة كالدين والصحيح أن المهر واجب لقوله عليه السلام « ايما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل فان أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها » وهذا قد استحل فرجها فيكون مهرها عليه ولانه استوفى منافع البضع باسم النكاح فكان المهر واجباً كسائر الانكحة الفاسدة

(الفصل الثاني) أن المهر يتعلق برقبته يباع فيه الا بفدية السيد، وقد ذكرنا احتمالا آخر أنه يتعلق بذمة العبد والاول أظهر الا أن الوطء أجري مجرى الجناية الموجبة للضمان بغير اذن المولى ولذلك وجب المهر ههنا وفي سائر الانكحة الفاسدة ولو لم تجر مجراها ما وجب شيء لانه برضى المستحق والله أعلم

(الفصل الثالث) أن الواجب من المهر خمساه وهو قول عثمان بن عفان رضي الله عنه وعمل به أبو موسى، وعن احمد أنها إن علمت أنه عبد فلها خمسا المهر واذا لم تعلم فلها المهر في رقبة العبد وعنه أن الواجب مهر المثل وهو قول أكثر الفقهاء لانه وطء يوجب المهر فأوجب مهر المثل بكماله كالوطء في النكاح بلا ولي وفي سائر الانكحة الفاسدة ووجه الاولى ماروى الامام أحمد باسناده عن خلاس

(فصل) فان حكم بصحة هذا العقد حاكم أوكان المتولي لعقده حاكما لم يجز نقضه وكذلك سائر الانكحة الفاسدة وخرج القاضي وجها في هذا خاصة أنه ينقض وهو قول الاصطخري من أصحاب الشافعي لانه خالف نصاً والاول أولى لانها مسئلة مختلف فيها ويسوغ فيها الاجتهاد فلم يجز نقض الحكم به كما لو حكم بالشفعة للجار وهذا النص متأول وفي صحته كلام وقد عارضته ظواهر

﴿مسئلة﴾ (وأحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها)

انما قيد المرأة بالحرة لان الامة لا ولاية لابيها عليها بغير خلاف علمناه وأولى الناس بتزويجها أبوها لأنه لاولاية لاحد معه وبهذا قال الشافعي وهو المشهور عن أبي حنيفة وقال مالك والعنبري وأبو يوسف واسحاق وابن المنذر الابن أولى وهي رواية عن أبي حنيفة لانه أولى منه بالميراث وأقوى تعصيباً لانه يسقط تعصيب جده

ولنا أن الولد موهوب لابيه قال الله تعالى (ووهبنا له يحيى) وقال زكريا (رب هب لي من لدنك ذرية طيبة) وقال ابراهيم (الحمد لله الذي وهب لي على الكبر اسماعيل واسحاق) وقال النبي صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لابيك » واثبات ولاية الموهوب له على الهبة أولى من العكس ولان الاب

أن غلاما لابي موسى تزوج بمولاة تيجان التيمي بغير إذن أبي موسى فكتب في ذلك إلى عثمان فكتب اليه عثمان ان فرق بينهما وخذلها الخمسين من صداقها وكان صداقها خمسة ابعرة ولان المهر أحد موجبي الوطء فجاز أن ينقص العبد فيه عن الحر كالحد فيه أو أحد العوضين في النكاح فينقص العبد كعدد المنكوحات

(الفصل الرابع) أنه يجب خمسا المسمى لانه صار فيه الى قصة عثمان رضي الله عنه وظاهرها أنه أوجب خمسي المسمى ولهذا قال وكان صداقها خمسة أبعرة ولانه لو اعتبر مهر المثل أوجب جميعه كسائر قيم المتلفات ولا وجب القيمة وهي الاثمان دون الابعرة ويحتمل أنه يجب خمسا مهر المثل لانه عوض عن جناية فكان المرجع فيه الى قيمة المحل كسائر أروش الجنايات وقيمة المحل مهر المثل

(الفصل الخامس) أن الواجب إن كان زائداً على قيمة العبد لم تلزم السيد الزيادة لأن الواجب عليه مايقابل قيمة العبد بدليل أنه لو سلم العبد لم يلزمه شيء فاذا أعطى القيمة فقد أعطى مايقابل الرقبة فلم تلزمه زيادة عليه وإن كان الواجب أقل من قيمة العبد لم يلزمه أكثر من ذلك لانه ارش الجناية فلا يجب عليه أكثر منها والخيرة في تسليم العبد وفدائه الى السيد ، وهذا قد ذكرناه في غير هذا الموضع بابين من هذا .

(فصل) اذا أذن السيد لعبده في تزويجه بمعينة ، أو من بلد معين ، أو من جنس معين ، فنكح غير ذلك فنكاحه فاسد والحكم فيه كما ذكرنا وان أذن له في تزويج صحيح فنكح نكاحا فاسدا فكذلك لانه غير مأذون له فيه وان أذن له في النكاح وأطلق فنكح نكاحا فاسدا احتمل أن يكون كذلك لان الاذن في النكاح لا يتناول الفاسد ، واحتمل أن يتناوله اذنه لان اللفظ باطلاقه يتناوله، وان أذن له في نكاح فاسد وحصلت الاصابة فيه فعلى سيده جميع المهر لانه باذنه والله أعلم .

أكمل نظراً وأشد شفقة فوجب تقديمه في الولاية كتقديمه على الجد ولان الاب يقوم على ولده في صغره وسفهه وجنونه فيليه في سائر ما تثبت الولاية عليه فيه بخلاف الابن ولذلك اختص بولاية المال وجاز له أن يشتري لها من ماله وله من مالها اذا كانت صغيرة بخلاف غيره ولان الولاية احتكام واحكام الاصل على فرعه أولى من العكس وفارق الميراث فانه لا يعتبر له النظر ولهذا يرث الصبي والمجنون وليس فيه احتكام ولا ولاية على الموروث بخلاف ما نحن فيه

﴿مسئلة﴾ (ثم أبوه وان علا)

يعني أن الجد أبا الاب وإن علت درجته أحق بالولاية من الابن وسائر الاولياء وهو قول الشافعي وعن احمد رواية اخرى ان الابن مقدم على الجد وهو قول مالك ومن وافقه لما تقدم وعن احمد رواية ثالثة ان الاخ يقدم على الجد لان الجد يدلي بابوة الاب والاخ يدلي بالبنوة والبنوة مقدمة وعنه رواية رابعة ان الاخ والجد سواء لاستوائهما في الميراث بالتعصيب واستواؤهما في القرابة يوجب استواءهما في الولاية كالاخوين ولانهما عصبتان لايسقط احدهما الآخر فاستويا

« مسئلة » قال واذا تزوج الامة على أنها حرة فأصابها وولدت منه فالولد حر وعليه ان يفديهم والمهر المسمى ويرجع به على من غره ويفرق بينهما ان لم يكن ممن يجوز له أن ينكح الاماء ، وان كان ممن يجوز له أن ينكح فرضي بالمقام فما ولدت بعد الرضي فهو رقيق)

في هذه المسئلة فصول ستة (أحدها) أن النكاح لا يفسد بالغرور، وهو قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي في أحد قوليه يفسد لانه عقد على حرة ولم يوجد فأشبه مالو قال بعتك هذا الفرس فاذا هو حمار .

ولنا أن المعقود عليه في النكاح الشخص دون الصفات فلا يؤثر عدمها في صحته كالو قال زوجتك هذه البيضاء فاذا هي سوداء ، أو هذه الحسناء فاذا هي شوهاء ، وكذا يقول في الاصل الذي ذكره ان العقد الذي ذكروه صحيح لان المعقود عليه العين المشار اليها وان سلمناه فالفرق بينهما من وجهين (أحدهما) أن ثم فاتت الذات فان ذات الفرس غير ذات الحمار وههنا اختلفا في الصفات . و (الثاني) أن البيع يؤثر فيه فوات الصفات بدليل أنه يرد بفوات أي شيء كان فيه نفع منها والنكاح بخلافه .

(الفصل الثاني) ان أولاده أحرار منها بغير خلاف نعلمه لانه اعتقد حريتها فكان أولاده أحرار لاعتقاده ما يقتضي حريتهم كما لو اشترى أمة يعتقدها ملكا لبائعها فبانت مغصوبة بعد أن أولدها

(الفصل الثالث) أن على الزوج فداء أولاده كذلك قضى عمر رضي الله عنه وعلي وابن عباس رضي الله عنهما ، وهو قول مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي . وعن أحمد رواية أخرى ليس

في الولاية كالاخرين

ولنا ان الجد له ايلاد وتعصيب فيقدم عليهما كالاب ولان الابن والاخ يقادان بها والاخ يقطع بسرقة مالها بخلاف الجد والجد لا يسقط في الميراث الا بالاب والاخ يسقط به وبالابن وابنه، واذا ضاق المال وفي المسئلة جد واخ سقط الاخ وحده فوجب تقديمه عليهما كالاب وكتقديمه على العم وسائر العصبات اذا ثبت هذا فالجد وان علا اولى من جميع العصبات غير الاب واولى الاجداد اقربهم كالجد مع الاب

﴿ مسئلة ﴾ (ثم ابنها ثم ابنه وإن سفل متى عدم الاب وآباؤه)

واولى الناس بتزويج المرأة ابنها ثم ابنه بعده وإن نزلت درجته الاقرب فالاقرب منهم وبه قال اصحاب الرأي وقال الشافعي لا ولاية للابن إلا ان يكون ابن عم او مولى أو حاكما فيلي بذلك لا بالبنوة لانه ليس بمناسب لها ولا يلي نكاحها كخالها ولان طبعه ينفر من تزويجها فلا ينظر لها

ولنا ماروت ام سلمة انها لما انقضت عدتها ارسل اليها رسول الله ﷺ يخطبها فقالت يارسول الله ليس احد من أوليائي شاهداً قال « ليس من اوليائك شاهد ولا غائب يكره » ذلك فقالت قم ياعمر فزوج

عليه فداؤهم لان الولد ينعقد حر الاصل فلم يضمنه لسيد الامة لانه لم يملكه وعنه أنه يقال له افد أولادك والا فهم يتبعون أمهم فظاهر هذا أنه خيره بين فدائهم وبين تركهم رقيقا لأنهم رقيق بحكم الاصل فلم يلزمه فداؤهم كما لو وطئها وهو يعلم رقها . وقال الخلال اتفق عن أبي عبد الله أنه يفدي ولده وقال اسحاق عنه في موضع إن الولد له وليس عليه أن يفديهم وأحسبه قولا أول لابي عبد الله والصحيح أن عليه فداءهم لقضاء الصحابة به ولانه نماء الامة المملوكة فسبيله أن يكون مملوكا لمالكها وقد فوت رقه باعتقاد الحرية فلزمه ضمانهم كما لو فوت رقهم بفعله وفي فدائهم ثلاث مسائل

(الاولى) في وقته وذلك حين وضع الولد ، قضى بذلك عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم وهو قول الشافعي وقال أبو ثور والثوري وأصحاب الرأي يضمنهم بقيمتهم يوم الخصومة لانه انما يضمنهم بالمنع ولم يمنعهم الا حال الخصومة

ولنا أنه محكوم بحريته عند الوضع فوجب أن يضمنه لانه فات رقه من حينئذ ولان القيمة التي تزيد بعد الوضع لم تكن مملوكة لمالك الامة فلم يضمنها كما بعد الخصومة فان قيل فقد كان محكوما بحريته وهو جنين قلنا إلا أنه لم يمكن تضمينه حينئذ لعدم قيمته والاطلاع عليه فأوجبنا ضمانه في أول حال يمكن تضمينه وهو حال الوضع

(المسئلة الثانية) في صفة الفداء وفيها ثلاث روايات احداهن بقيمتهم وهو قول أكثر الفقهاء لقول النبي ﷺ من أعتق شقصاً من عبد قوم عليه نصيب شريكه ولان الحيوان من المتقومات لامن ذوات الامثال فيجب ضمانه بقيمته كما لو أتلفه

فزوج رسول الله ﷺ فزوجه رواه النسائي قال الاثرم قلت لأبي عبد الله فحديث عمر بن أبي سلمة حين زوج النبي ﷺ أمه أم سلمة اليس كان صغيراً ؟ قال ومن يقول كان صغيراً ليس فيه بيان عدل من عصباتها فيثبت له ولاية تزويجها كأخيها وقولهم ليس بمناسب لها ممنوع وان سلم فهو يبطل بالحاكم والمولى قولهم ان طبعه ينفر من تزوجها قلنا هذا معارض في الفرع ليس له أصل ثم يبطل بما اذا كان ابن عم أو مولى أو حاكما اذا ثبت هذا فانه يقدم على الاخ ومن بعده بغير خلاف نعلمه عند من يقول بولايته لانه أقوى منه تعصباً وقد استويا في عدم الايلاد

﴿ مسئلة ﴾ (ثم أخوها لابيها)

لاخلاف في تقديم الاخ بعد عمودي النسب لكونه أقرب العصبات بعدهم فان ابن الاب أقواهم تعصيباً واحقهم بالميراث واختلفت الرواية عن أحمد في الاخ للاب اذا اجتمعا فعنه انهما سواء اختارها الخرقي وبه قال أبو ثور والشافعي في القديم لانهما استويا في الادلاء بالجهة التي تستفاد بها العصوبة وهي جهة الاب فاستويا في الولاية كما لو كانا من أب وإنما رجح في الميراث جهة الام ولا مدخل لها في الولاية لم يرجح بها كالعمين أحدهما خال وابني عم أحدهما أخ من أم (والرواية الثانية) الاخ من

(والثانية) يضمنهم بمثلهم عبيداً الذكر بذكر والانثى بأنثى لما روى سعيد بن المسيب قال أبقت جارية لرجل من العرب وانتمت إلى بعض العرب فتزوجها رجل من بني عذرة ثم إن سيدها دب فاستاقها واستاق ولدها فاختصموا إلى عمر رضي الله عنه فقضى للعذري بفداء ولده بغرة غرة مكان كل غلام ومكان كل جارية بجارية وكان عمر يقوم الغرة على أهل القرى ومن لم يجد غرة ستين ديناراً ولان ولد المغرور حر فلا يضمن بقيمته كسائر الاحرار فعلى هذه الرواية ينبغي أن ينظر إلى مثلهم في الصفات تقريباً لان الحيوان ليس من ذوات الامثال ويحتمل أن يجب مثلهم في القيمة وهو قول أبي بكر

(الثالثة) هو مخير بين فدائهم بمثلهم أو قيمتهم قال أحمد في رواية الميموني إما القيمة أو رأس برأس لانهما جميعاً يرويان عن عمر ولكن لا أدري أي الاسنادين أقوى وهذا اختيار أبي بكر وقال في المقنع الفدية غرة بغرة بقدر القيمة أو القيمة وأيهما أعطى أجزأه ووجه ذلك أنه تردد بين الجنين الذي يضمن بغرة وبين الحاقه بغيره من المضمونات فاقتضى التخيير بينهما والصحيح أنه يضمن بالقيمة كسائر المضمونات المتقومات وقول عمر قد اختلف عنه فيه قال أحمد في رواية أبي طالب وعليه قيمتهم مثل قول عمر وإذا تعارضت الروايات عنه وجب الرجوع إلى القياس

(المسئلة الثالثة) فيمن يضمن منهم وهو من ولد حيا لوقت يعيش لمثله سواء عاش أو مات بعد ذلك وقال مالك والثوري وأبو ثور وأصحاب الرأي لا ضمان على الاب لمن مات منهم قبل الخصومة وهذا مبني على وقت الضمان وقد ذكرناه فأما السقط ومن ولد لوقت لا يعيش في مثله وهو دون ستة أشهر فلا ضمان لانه لا قيمة له :

الابوين أولى اختارها أبو بكر وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي وهو الصحيح إن شاء الله تعالى لانه حق يستفاد بالتعصيب فيقدم فيه الاخ من الابوين كالميراث وكاستحقاق الميراث بالولاء فانه لامدخل للنساء فيه وقد قدم الاخ للابوين فيه وبهذا يبطل ماذكر في الرواية الاولى وهكذا الخلاف في بني الاخوة والاعمام وبنيهم واما إذا كان ابنا عم لاب أحدهما أخ لام فهما سواء لانهما استويا في التعصيب والارث به وقال القاضي فيها من الخلاف مثل ما في ابن عم من الابوين وابن عم من أب لانه يرجح من جهة امه وليس كذلك لان جهة أمه يرث بها منفردة وما ورث بها منفرداً لم يرجح به وكذلك لم يرجح به في الميراث بالولاء ولا في غيره فعلى هذا إذا اجتمع ابن عم من أبوين وابن عم من أب هو أخ من أم فالولاية لابن العم من الابوين عند من يرى تقديم ولد الابوين

﴿ مسئلة ﴾ (وعنه تقديم الابن على الجد والتسوية بين الجد والاخوة وبين الاخ للابوين والاخ للاب وقد ذكرناه)

(مسئلة) (ثم بنوا الاخوة وإن سفلوا ثم العم ثم ابنه ثم الاقرب فالاقرب من العصبات على ترتيب الميراث)

(الفصل الرابع) في المهر ولا يخلو أن يكون ممن يجوز له نكاح الاماء أولا فان كان ممن يجوز له نكاح الاماء وقد نكحها نكاحا صحيحا فلها المسمى وان لم يدخل بها واختار الفسخ فلا مهر لها لان الفسخ تعذر من جهتها فهي كالمعيبة يفسخ نكاحها وان كان ممن لا يجوز له نكاح الاماء فالعقد فاسد من أصله ولا مهر فيه قبل الدخول فان دخل بها فعليه مهرها وهل يجب المسمى أو مهر المثل؟ على روايتين ذكرناهما فيا مضى وكذلك ان كان ممن يجوز له نكاح الاماء لكن تزوجها بغير إذن سيدها أو نحو ذلك مما يفسد به النكاح

(الفصل الخامس) أنه يرجع بما غرمه على من غره في المهر وقيمة الاولاد وهذا اختاره الخرقي ورواية عن أحمد قال ابن المنذر كذلك قضى عمر وعلي وابن عباس وبه قال الشافعي في القديم والرواية الاخرى لا يرجع بالمهر وهو اختيار أبي بكر قال وهو قول علي وبه قال الثوري وأبو ثور وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد لانه وجب عليه في مقابلة نفع وصل اليه وهو الوطء فلم يرجع به كما لو اشترى مغصوبا فأكله بخلاف قيمة الولد فانها لم تحصل في مقابلة عوض لانها وجبت بحرية الولد وحرية الولد للولد لا لابيه قال القاضي والمذهب أنه يرجع بالمهر لان أحمد قال كنت أذهب إلى حديث علي ثم كأني هبته وكأني أميل إلى حديث عمر يعني في الرجوع ولان العاقد ضمن له سلامة الوطء كما ضمن له سلامة الولد فكما يرجع عليه بقيمة الولد كذلك يرجع بالمهر قال وعلى هذا الاصل يرجع بأجرة الخدمة اذا غرمها كما يرجع بالمهر ولا أعرف عن أصحابنا بينهما فرقا وقال اذا ثبت هذا فان كان الغرور من السيد فقال هي حرة عتقت وإن كان بلفظ غير هذا لم تثبت به الحرية فلا شيء له لانه لا فائدة في أن يجب له ما يرجع به عليه ، وإن كان

وجملة ذلك أن الولاية بعد الاخوة تترتب على ترتيب الميراث بالتعصيب فأحقهم بالميراث احقهم بالولاية فبعد الاخوة بنوهم وان سفلوا ثم بنوا الجد وهم أعمام الاب ثم بنوهم وان سفلوا ثم بنو جد الجد ثم بنوهم وعلى هذا لا يلي بنو أب أعلى من بني أب أقرب منه وان نزلت درجتهم وأولى ولد كل أب أقربهم اليه لان مبنى الولاية على النظر والشفقة وذلك معتبر بمظنته وهي القرابة فأقربهم اشفقهم ولا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم

(فصل) ولا ولاية لغير العصبات من الاقارب كالاخ من الام والخال وعم الام وأبي الام ونحوهم نص عليه الامام أحمد في مواضع وهو قول الشافعي وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة والثانية ان كل من يرث بفرض أو تعصيب يلي لانه يرثها فوليها كعصباتها

ولنا ماروى عن علي رضي الله عنه انه اذا بلغ النساء نص الحقائق فالعصبة أولي يعني إذا أدركن رواه أبو عبيد في الغريب ولانه ليس من عصباتها اشبه الاجنبي

(مسئلة) (ثم المولى المنعم ثم عصباته من بعده الاقرب فالاقرب)

ثم السلطان اذا لم يكن للمرأة عصبة من نسبها فوليها مولها يزوجها ولا نعلم خلافا في ان العصبة

الغرور من وكيله رجع عليه في الحال ، وإن كان من أجنبي رجع عليه أيضاً ، وإن كان منها فليس لها في الحال مال فيتخرج فيها وجهان بناء على دين العبد بغير اذن سيده هل يتعلق برقبته أو بذمته يتبع به بعد العتق ؟ قال القاضي قياس قول الخرقي أنه يتعلق بذمتها لانه قال في الامة اذا خالعت زوجها بغير اذن سيدها يتبعها به اذا عتقت كذا ههنا ويتبعها بجميعه

وظاهر كلام أحمد أن الغرور اذا كان من الامة لم يرجع على أحد فانه قال اذا جاءت الامة فقالت اني حرة فوكلت أمرها رجلا فزوجها من رجل ثم ظهر عليها مولاها قال فكالك ولده على الاب لانه لم يغره أحد ، وأما اذا غره رجل فزوجها على انها حرة فالفداء على من غره . يروى هذا عن علي وابراهيم وحماد وكذلك قال الشعبي ، وإن قلنا يتعلق برقبتها فالسيد مخير بين فدائها بقيمتها إن كانت أقل مما يرجع به عليها أو يسلمها فان اختار فداءها بقيمتها سقط قدر ذلك عن الزوج فانه لا فائدة في أن نوجبه عليه ثم نرده اليه ، وإن اختار تسليمها سلمها وأخذ ما وجب له وذكر القاضي أن الغرور الموجب للرجوع أن يكون اشتراط الحرية مقارنا للعقد فيقول زوجتكها على أنها حرة فان لم تكن كذلك لم يملك الفسخ وهذا مذهب الشافعي والصحيح خلاف هذا قال لان الصحابة الذين قضوا بالرجوع لم يفرقوا بين أنواع الغرور ولم يستفصلوا والظاهر أن العقد لم يقع هكذا ولم تجر العادة به في العقود فلا يجوز حمل قضائهم المطلق على صورة نادرة لم تنقل ولان الغرور قد يكون من المرأة ولا لفظ لها في العقد ولانه متى أخبره بحريتها أو أوهمه ذلك بقرائن تغلب على ظنه حريتها فنكحها على ذلك ورغب فيها بناء عليه وأصدقها صداق الحرائر ثم لزمه الغرم فقد استضر بناء على قول المخبر له واغتر فتجب إزالة الضرر

المناسبة أولى منه وذلك لانه عصبة مولاته يرثها ويعقل عنها عند عدم عصباتها فكذلك يزوجها وقدم عليه المناسبون كما قدموا عليه في الارث والعقل فان عدم المولى أولم يكن من أهل الولاية كالمرأة والطفل والكافر فعصباته الاقرب منهم فالاقرب على ترتيب الميراث ثم مولى المولى ثم عصباته من بعده كالميراث سواء فان اجتمع ابن المعتق وأبوه فالابن أولى لانه أحق بالميراث وأقوى بالتعصيب وإنما قدم الاب المناسب على الابن المناسب لزيادة شفقته وفضيلة ولادته وهذا معدوم في أب المعتق فيرجع فيه الى الاصل ثم السلطان لا نعلم خلافا بين أهل العلم في أن للسلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم أوليائها أو عضلهم وبه يقول مالك والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي والاصل فيه قول النبي ﷺ «فالسلطان ولي من لا ولي له» وروى أبو داود باسناده عن أم حبيبة ان النجاشي زوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت عنده ولان للسلطان ولاية عامة بدليل انه يلي المال ويحفظ الضوال فكانت له الولاية في النكاح كالاب

(فصل) والسلطان ههنا هو الامام أو الحاكم أو من فوضا اليه ذلك واختلفت الرواية عن أحمد في

عنه بإثبات الرجوع على من غره وأضر به فعلى هـذا إن كان الغرور من اثنين أو أكثر فالرجوع على جميعهم وإن كان الغرر منها ومن الوكيل فعلى كل واحد منهما نصفه والله أعلم

(الفصل السادس) ان الزوج ان كان ممن يحرم عليه نكاح الاماء وهو ممن يجد الطول أو لايخشى العنت فانه يفرق بينهما لما بينا أن النكاح فاسد من أصله لعدم شرطه وهكذا لو كان تزوجها بغير اذن سيدها أو اختل شرط من شروط النكاح فهو فاسد يفرق بينهما والحكم في الرجوع على ماذكرنا ، وإن كان ممن يجوز له نكاح الاماء وكانت شرائط النكاح مجتمعة فالعقد صحيح وللزوج الخيار بين الفسخ والمقام على النكاح وهذا معنى قول الخرقي فرضي بالمقام معها وهذا الظاهر من مذهب الشافعي وقال ابو حنيفة لاخيار له لان الكفاءة غير معتبرة في جانب المرأة لانه يملك الطلاق

ولنا انه عقد غر فيه أحد الزوجين بحرية الآخر فثبت له الخيار كالآخر فان الكفاءة وإن لم تعتبر فان عليه ضررا في استرقاق ولده ورق امرأته وذلك أعظم من فقد الكفاءة ، فأما الطلاق فلا يندفع به الضرر فانه سقط نصف المسمى والفسخ يسقط جميعه فاذا فسخ قبل الدخول فلا مهر لها ، وإن رضي بالمقام معها فله ذلك لانه يحل له نكاح الاماء وما ولدت بعد ذلك فهو رقيق لسيدها لان المانع من رقهم في الغرور اعتقاد الزوج حريتها وقد زال ذلك بالعلم ، ولو وطئها قبل علمه فعلقت منه ثم علم قبل الوضع فهو حر لانه وطئها يعتقد حريتها

(فصل) والحكم في المدبرة وأم الولد والمعتقة بصفة كالامة القن لانها ناقصة بالرق إلا أن ولد أم الولد والمدبرة يقوم كأنه عبد له حكم أمه وكذلك من أعتق بعضها إلا أنه اذا فدى الولد لم يلزمه إلا فداء ما فيه من الرق لان بقيته حر بحرية أمه لا باعتقاد الوطء فان كانت مكاتبة فكذلك إلا أن

والي البلد فقال في موضع يزوج والي البلد وقال في الرستاق يكون فيه الوالي وليس فيه قاض قال يزوج اذا احتاط لها في المهر والكفء أرجو أن لا يكون به بأس لانه ذو سلطان فيدخل في عموم الحديث وقال في موضع آخر في المرأة اذا لم يكن لها ولي فالسلطان المسلط على القاضي يقضي في الفروج والحدود والرجم وصاحب الشرطة انما هو مسلط في الادب والجناية وقال ما للوالي وذا؟ انما هو الى القاضي وتأول القاضي الرواية الاولى على أن الوالي أذن له في التزويج ويحتمل أنه جعل له ذلك إذا لم يكن في موضع ولايته قاض فكأنه قد فوض اليه النظر فيما يحتاج اليه في ولايته وهذا منها

(فصل) إذا استولى أهل البغي على بلد جرى حكم سلطانهم وقاضيهم في ذلك مجرى الامام وقاضيه لانه أجري مجراه في قبض الصدقات في الجزية والخراج فكذلك في هذا

(فصل) واختلفت الرواية في المرأة تسلم على يد رجل فقال في موضع لا يكون وليا لها ولا يزوج حتى يأتي السلطان لانه ليس من عصبتها ولا يعقل عنها ولا يرثها فأشبه الاجنبي وقال في رواية حرب في امرأة أسلمت على يد رجل يزوجها هو وهو قول اسحاق وروي عن ابن سيرين أنه

مهرها لها لانه من كسبها وكسبها لها وتجب قيمة ولدها على الرواية المشهورة ، قال [illegible] يكون ذلك لها تستعين به في كتابتها ، فان كان الغرور منها فلا شيء لها إذ لافائدة في إيجاب شيء لها يرجع به عليها وإن كان الغرور من غيرها غرمه لها ويرجع به على من غره

(فصل) ولا يثبت أنها أمة بمجرد الدعوى فان قام بذلك بينة ثبت ، وان أقرت أنها أمة فقال احمد في رواية أبي الحارث لايستحقها باقرارها وذلك لان اقرارها يزيل النكاح عنها ويثبت حقا على غيرها فلم يقبل كاقرارها بمال على غيرها ، وقال في رواية حنبل لاشيء له حتى يثبت أو تقر هي أنها أمة فظاهر هذا أنه يقبل إقرارها لانها مقرة على نفسها بالرق أشبه غير الزوجة والاول أولى ولا نسلم أنه يقبل من غير ذات الزوج اقرارها بالرق بعد إقرارها بالحرية لانها أقرت بما يتعلق به حق الله تعالى

(فصل) اذا حملت المغرور بها فضرب بطنها ضارب فألقت جنينا ميتا فعلى الضارب غرة لان هذا الجنين محكوم بحريته ويرثها ورثته من كانوا ، وعلى الضارب كفارة القتل وإن كان الضارب أباه لم يرثه وورثه أقاربه ولا يجب بدل هـذا الولد للسيد لانه انما يستحق بدل حي وهذا ميت ، ويحتمل أن يجب له عشر قيمة أمه لان الواطيء فوت ذلك عليه باعتقاد الحرية ولولاه لوجب له ذلك

(فصل) اذا تزوجت المرأة عبداً على أنه حر فالنكاح صحيح وهذا قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لان اختلاف الصفة لايمنع صحة العقد كما لو تزوج أمة على أنها حرة وهذا اذا كانت شروط النكاح وكان ذلك باذن سيده ، وان كانت المرأة حرة وقلنا الحرية ليست من شروط الكفاءة أو ان فقد الكفاءة لايبطل النكاح فهو صحيح وللمرأة الخيار بين الفسخ والامضاء فان اختارت امضاءه فلأوليائها الاعتراض عليها لعدم الكفاءة، وان كانت أمة فينبغي أن يكون لها الخيار أيضاً لانه لما ثبت

لايفعل ذلك حتى يأتي السلطان وعن الحسن أنه كان لايرى بأسا في أن يزوجها نفسه وذلك لما روى أبوداود باسناده عن تميم الداري أنه قال يارسول الله ماالسنة في الرجل يسلم على يد الرجل من المسلمين؟ قال «هو أولى الناس بمحياه ومماته» الا أن هذا الحديث ضعفه احمد وقال رواية ابن عبد العزيز يعني ابن عمر بن عبد العزيز وليس هو من اهل الحفظ والاتقان .

(فصل) وإن لم يوجد للمرأة ولي ولا ذو سلطان فعن أحمد ما يدل على أنه يزوجها رجل عدل باذنها فانه قال في دهقان قرية يزوج من لاولي لها إذا احتاط لها في الكفء والمهر إذا لم يكن في الرستاق قاض قال ابن عقيل أخذ قوم من اصحابنا من هذه الرواية إن النكاح لا يقف على ولي قال وقال القاضي نصوص أحمد تمنع من ذلك قال شيخنا، والصحيح أن هذا من القول حال عدم الولي والسلطان لانه شرط أن لايكون في الرستاق قاض، ووجهه أن اشتراط الولي ههنا يمنع النكاح بالكلية فلم يجز كاشتراط المناسب في حق من لامناسب لها وروي عنه أنه لايجوز النكاح الا بولي لعموم الاخبار فيه

الخيار للعبد اذا غر من أمة ثبت للامة اذا غرت بعبد وكل موضع حكمنا بفساد العقد فرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها وان كان بعده فلها مهر المثل او المسمى على ماقدمنا من الاختلاف ، وكل موضع فسخ النكاح مع القول بصحته قبل الدخول فلا شيء لها ، وان كان بعده فلها المسمى لانه فسخ طرأ على نكاح فأشبه الطلاق

(فصل) فان غرها بنسب فبان دونه وكان ذلك مخلا بالكفاءة وقلنا بصحة النكاح فلها الخيار فان اختارت الامضاء فلأوليائها الاعتراض عليها وان لم يخل بالكفاءة فلا خيار لها لان ذلك ليس بمعتبر في النكاح فأشبه مالو شرطه فقيها فبان بخلافه وكذلك إن شرطت غير النسب فان كان مما يعتبر في الكفاءة فهو كما لو تبين أنه غير مكافيء لها في النسب، وان لم يعتبر في الكفاءة كالفقه والجمال وأشباه ذلك فلا خيار لها لان ذلك مما لا يعتبر في النكاح فلا يؤثر اشتراطه، وذكر فيها اذا بان نسبه دون ماذكر وجه في ثبوت الخيار لها ان لم يخل بالكفاءة والاولى ماذكرناه والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا كان المغرور عبداً فولده احرار ويفديهم اذا عتق ويرجع به على من غره)

وجملة ذلك أن المغرور اذا كان عبداً فولده أحرار ، وقال ابو حنيفة يكون رقيقاً لان أبويه رقيق وليس ذلك بصحيح فانه وطئها معتقداً حريتها فكان ولده حراً كولد الحر فان هذا هو العلة المقتضية

﴿ مسئلة ﴾ (وولي الامة سيدها إذا كان من اهل ولاية التزويج) لا نعلم فيه خلافا لانه مالكها وله التصرف في رقبتها بالبيع ففي التزويج أولى ولا يزوجها الا باذنها

﴿ مسئلة ﴾ (فان كانت لامرأة فوليها ولي سيدتها وقد ذكرنا ذلك)

اختلفت الرواية عن احمد فيمن يزوج أمة المرأة فروي عنه أنه يلي نكاحها ولي سيدتها قال القاضي هذا هو الصحيح اختاره الخرقي وهو مذهب الشافعي لان مقتضى الدليل كون الولاية لها فامتنعت في حقها لقصورها فثبتت لاوليائها كولاية نفسها ولانهم يلونها لو عتقت ففي حال رقها أولى فان كانت سيدتها رشيدة لم يجز تزويج أمتها الا باذنها لانها مالها ولا يجوز التصرف في مال رشيد بغير اذنه وبغير نطقها بذلك وان كانت بكراً لان صماتها انما اكتفي به في تزويج نفسها لحيائها ولا تستحي من تزويج غيرها وإن كانت صغيرة أو مجنونة أو سفيهة ولوليها ولاية على مالها فله تزويج أمتها ان كان الحظ في تزويجها والا لم يملك تزويجها وكذلك الحكم في أمة ابنه الصغير وقال بعض الشافعية ليس له تزويجها بحال لان فيه الحظ لان الكلام فيه فجاز كسائر التصرفات الجائزة واحتمال الحظر مرجوح بما فيه من تحصيل مهرها وولدها وكفاية مؤنتها وصيانتها عن الزنا الموجب للحد في حقها ونقص قيمتها

الحرية في محل الوفاق ولولا ذلك لكان رقيقاً فان علة رق الولد رق الام خاصة ولا عبرة بحال الاب بدليل ولد الحر من الامة وولد الحر من العبد وعلى العبد فداؤهم لانه فوت رقهم باعتقاده وفعله ولا مال له في الحال فيخرج في ذلك وجهان

[أحدهما] يتعلق برقبته بمنزلة جنايته (والثاني) بذمته يتبع به بعد العتق بمنزلة عوض الخلع من الامة إذا بذلته بغير إذن سيدها ويفارق الاستدانة والجناية لانه إذا استدان أتلف مال الغريم فكان جناية منه وههنا لم يجن في الاولاد جناية وإنما عتقوا من طريق الحكم وما حصل له منهم عوض فيكون ذلك في ذمته يتبع به بعد العتق ويرجع به حين يغرمه فانه لا ينبغي أن يجب له بذل ما لم يثبت عليه . وأما الحرية فتتعجل في الحال، وان قلنا ان الفداء يتعلق برقبته وجب في الحال ويرجع به سيده في الحال ويثبت للعبد الخيار إذا علم كما ثبت للحر لمن يحل له نكاح الاماء لان عليه ضررا في رق ولده ونقصا في استمتاعه فانها لا تبيت معه ليلا ونهارا ولم يرض به . ويحتمل أن لا يثبت له خيار لانه فقد صفة لا ينقص بها عن رتبته فأشبه مالو شرط نسب امرأة فبانت بخلافه لانها مساوية لنسبه بخلاف تغرير الحر

وقال بعض الشافعية لا خيار له قولا واحدا . وقال بعضهم فيه قولان والاولى ما ذكرناه . وإذا اختار الاقامة فالمهر واجب لا يرجع به على أحد، وان اختار الفسخ قبل الدخول فلا مهر وان كان بعده والنكاح باذن سيده فالمهر واجب عليه وفي الرجوع به خلاف ذكرناه فيما مضى وان كان بغير إذنه فالنكاح فاسد فان دخل بها ففي قدر ما يجب عليه وجهان [أحدهما] مهر المثل (والثاني) الخمسان، وهل يرجع به؟ على وجهين

(فصل) فان شرط انها مسلمة فبانت كافرة فله الخيار لانه نقص وضرر يتعدى إلى الولد فأشبه مالو شرطها حرة فبانت أمة

والمرجوح كالمعدوم فان كان وليها في مالها غير ولي تزويجها فولاية تزويجها للولي في المال دون ولي التزويج لانه المتصرف في المال وهي مال وروي عن احمد رواية ثانية أن للمرأة أن تولي أمر أمتها رجلا لتزويجها نقلها عن احمد جماعة لان سبب الولاية الملك وقد تحقق في المرأة وامتنعت المباشرة لنقص الانوثية فملكت التوكيل كالرجل والمريض والغائب ونقل عن أحمد كلام يحتمل رواية ثالثة وهو أن سيدها يزوجها فانه قيل له تزوج أمتها؟ قال قد قيل ذلك هي مالها وهذا يحتمل أنه ذهب اليه وهو قول ابي حنيفة لانها تملكها وولايتها تامة عليها فملكت تزويجها كالسيد ولانها تملك بيعها واجارتها فملكت تزويجها كسيدها ولان الولاية انما ثبتت على المرأة لتحصيل الكفاءة صيانة لحظ الاولياء في تحصيلها فلا تثبت عليها الولاية في أمتها لعدم اعتبار الكفاءة وعدم الحق للاولياء فيها ويحتمل أن أحمد قال هذا حكاية لمذهب غيره فانه قال في سياقها أحب الي أن تأمر زوجها لان النساء لا يعقدن وقد روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا تنكح المرأة المرأة» وقالت عائشة

(فصل) فان شرطها بكرا فبانت ثيبا فعن أحمد كلام يحتمل أمرين (أحدهما) لاخيار له لان النكاح لا يرد فيه بعيب سوى ثمانية عيوب فلا يرد منه بمخالفة الشرط (والثاني) له الخيار لانه شرط صفة مقصودة فبان خلافها فيثبت له الخيار كما لو شرط الحرية وعلى هذا لو شرطها ذات نسب فبانت دونه أو شرطها بيضاء فبانت سوداء أوشرطها طويلة فبانت قصيرة أو حسناء فبانت شوهاء خرج في ذلك كله وجهان ونحو هذا مذهب الشافعي

وقال أبو ثور : القياس ان له الرد ان كان فيه اختلاف وان كان اجماعا فالاجماع أولى من النظر قال ابن المنذر لا أعلم أحدا وافق أبا ثور على مقالته ، وممن ألزم الزوج من هذه صفتها الثوري والشافعي وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأي . وروى الزهري أن رجلا تزوج امرأة فلم يجدها عذراء كانت الحيضة خرقت عذرتها فأرسلت اليه عائشة ان الحيضة تذهب العذرة يقينا . وعن الحسن والشعبي وابراهيم في الرجل اذا لم يجد امرأته عذراء ليس عليه شيء العذرة تذهبها الوثبة وكثرة الحيض والتعنيس والحمل الثقيل والله أعلم

(فصل) واذا تزوج امرأة يظنها حرة فبانت أمة أو يظنها مسلمة فبانت كافرة أو تزوجت عبدا تظنه حرا فلهم الخيار كما لو شرط ذلك نص عليه أحمد في امرأة تزوجت عبدا تظنه حرا فلها الخيار ، وقال الشافعي في الامة لا خيار له وفي الكافرة له الخيار ، وقال بعضهم فيهما جميعا قولان

ولنا أن بعض الرق أعظم ضررا فانه يؤثر في رق ولده ويمنع كل استمتاعه فكان له الخيار كما لو كانت كافرة

(فصل) وان شرطها أمة فبانت حرة أوذات نسب فبانت أشرف منه أو على صفة دنيئة فبانت خيرا من شرطه أو كافرة فبانت مسلمة فلا خيار له في ذلك لانه زيادة ، وقال أبو بكر له الخيار إذا بانت مسلمة لانه قد يكون له غرض في عدم وجوب العبادات والاول أولى

زوجوا فان النساء لا يزوجن واعقدوا فان النساء لا يعقدن ولان المرأة لا تملك تزويج نفسها فغيرها أولى .

(فصل) ويزوج عتيقتها من يزوج أمتها ذكره الخرقي وفيها روايتان (احداهما) لمولاتها أن توكل رجلا في تزويجها لانها عصبتها وترثها فاشبهت المعتق (والثانية) يزوجها ولي سيدتها وهي أصح لان هذه ولاية نكاح والمرأة ليست من أهل ذلك فيكون الى عصبتها لانهم الذين يعقلون عنها ويرثونها بالتعصيب عند عدم سيدتها فكانوا أولياءها كما لو تعذر على المعتق تزويج عتيقته ، وقد ذكرنا أنه اذا انقرض العصبة من النسب ولي المولى المعتق ثم عصباته الاقرب فالاقرب كذا ههنا الا ان الظاهر من كلام الخرقي ههنا تقديم أبي المعتقة على ابنها لانه أولى بتزويجها وقد يزوج معتقتها من يزوج أمتها ويزوج أمتها من يزوجها ، وقد ذكرنا ان ابن المعتقة أولى بتزويج عتيقتها من أبيها ويعتبر في ولايتها شرطان (احدهما) عدم العصبة من النسب لان المناسب أقرب من المعتق وأولى منه (الثاني) اذن المزوجة

(فصل) وكل موضع ثبت له الخيار ففسخ قبل الدخول فلا مهر عليه وان فسخ بعده وكان التغرير ممن له المهر فلا شيء عليه أيضا ، وان كان من غيره فعليه المهر يدفعه ثم يرجع به على الغار فان كان التغرير من أوليائها رجع عليهم وان علم بعضهم احتمل أن يرجع عليه وحده لانه الغار واحتمل أن يرجع على جميعهم لان حقوق الآدميين في العمد والسهو سواء

(مسئلة) قال (واذا قال قد جعلت عتق أمتي صداقها بحضرة شاهدين فقد ثبت العتق والنكاح واذا قال أشهد أني قد أعتقتها وجعلت عتقها صداقها كان العتق والنكاح أيضا ثابتين سواء تقدم القول العتق أو تأخر اذا لم يكن بينهما فصل فان طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها ، في هذه المسئلة خمس فصول

(الاول) أن ظاهر المذهب أن الرجل إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها فهو نكاح صحيح نص عليه أحمد في رواية جماعة وروي ذلك عن علي رضي الله عنه وفعله أنس بن مالك وبه قال سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن والحسن والزهري واسحاق وقال الاوزاعي يلزمها أن تزوجه وروى المرذوي عن أحمد إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها يوكل رجلا يزوجه وظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة النكاح وقال أبو الخطاب هي الصحيحة واختارها القاضي وابن عقيل وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لانه لم يوجد إيجاب وقبول فلم يصح لعدم اركانه كما لو قال أعتقتك وسكت ولأنها بالعتق تملك نفسها فيجب أن يعتبر رضاها كما لو فصل بينهما ولان العتق يزيل ملكه عن الاستمتاع بحق الملك فلا يجوز أن يستبيح الوطء بالمسمى فانه لو قال بعتك هذه الامة على أن تزوجنيها بالثمن لم يصح

ولنا ماروي أنس أن رسول الله ﷺ أعتق صفية وجعل عتقها صداقها متفق عليه وفي لفظ أعتقها وتزوجها فقلت يا أبا حمزة ما أصدقها؟ قال نفسها عتقها وروي الاثرم باسناده عن صفية قالت أعتقني رسول الله ﷺ وجعل عتقي صداقي وباسناده عن علي رضي الله عنه أنه كان يقول اذا أعتق الرجل أم ولده فجعل عتقها صداقها فلا بأس بذلك ومتى ثبت العتق صداقا ثبت النكاح لان الصداق لا يتقدم

لانها حرة وليست له ولاية اجبار فانه أبعد العصبات ولا يعتبر اذن مولاتها لانه لاولاية لها ولا ملك فاشبهت القريب الطفل اذا زوج البعيد

(فصل) فان كان للامة مولى فهو وليها وان كان لها موليان اشتركا في الولاية وليس لواحد منهما الاستقلال بها بغير اذن صاحبه لانه لا يملك الا بعضها وان اشتجرا لم يكن للسلطان ولاية لان تزويجها تصرف في المال بخلاف الحرة فان نكاحها حق لها ونفعه عائد اليها ونكاح الامة حق لسيدها نفعه عائد اليه فلم ينب السلطان عنه فيه فان أعتقاها ولها عصبة مناسب فهو أولى منهما وان لم يكن لها عصبة ولياها ولا يستقل أحدهما بالتزويج لان ولايته على بعضها فان اشتجرا أقام الحاكم مقام الممتنع منهما لانها صارت حرة وصار نكاحها حقاً لها وان كان المعتق أو المعتقة واحداً وله عصبتان كالابنين والاخوين

النكاح ولو تأخر العتق عن النكاح لم يجز فدل على أنه انعقد بهذا اللفظ ولانه لم ينقل عن النبي ﷺ أنه استأنف عقدا ولو استأنفه لظهر ونقل كما نقل غيره ولان من جاز له تزويج امرأة لغيره من غير قرابة جاز له أن يزوجها كالامام وقولهم لم يوجد إيجاب ولا قبول عدم التأثير فانه لو وجد لم يحكموا بصحته وعلى أنه ان لم يوجد فقد وجد مايدل عليه وهو جعل العتق صداقا فأشبه مالو تزوج امرأة هو وليها وكما لو قال الخاطب للولي أزوجت ؟ فقال نعم وقال للزوج أقبلت ؟ قال نعم عند أصحابنا وكما لو أتى بالكنايات عند أبي حنيفة ومن وافقه

(الفصل الثاني) أن النكاح ينعقد بقوله أعتقتك وجعلت عتقك صداقك وتزوجتك، وبذلك خاليا عن قوله : وتزوجتك وهذا لفظ الخرقي وهو الذي جاء في حديث أنس، وبقوله جعلت عتقك صداقك وجعلت صداقك عتقك وهذا معنى قول الخرقي سواء تقدم العتق أو تأخر ونص أحمد على هذا في رواية صالح إذا قال جعلت عتقك صداقك أوصداقك عتقك كل ذلك جائز

(الفصل الثالث) أن لا يكون بينهما فصل ولو قال أعتقتك وسكت سكوتا يمكنه الكلام فيه أو تكلم بكلام أجنبي ثم قال جعلت عتقك صداقك لم يصح النكاح لأنها صارت بالعتق حرة فيحتاج إلى تزويجها برضاها بصداق جديد

(الفصل الرابع) أنه لا بد من شاهدين إذا قلنا باشتراط الشهادة في النكاح نص عليه أحمد في رواية الجماعة وذلك لقوله « لا نكاح الا بولي وشاهدين »

(الفصل الخامس) أنه اذا طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها لان الطلاق قبل الدخول يوجب الرجوع في نصف ما فرض لها وقد فرض لها نفسها ولا سبيل الى الرجوع في الرق بعد زواله فرجع بنصف قيمة نفسها وبهذا قال الحسن والحكم وقال الاوزاعي يرجع بربع قيمتها

ولنا أنه طلاق قبل الدخول فأوجب الرجوع النصف كسائر الطلاق وتعتبر القيمة حالة الاعتاق لانها حالة الاتلاف فان لم تكن قادرة على نصف القيمة فهل تستسعى فيها أو تكون دينا تنظر به الى حال القدرة؟ على روايتين وإن قلنا إن النكاح لا ينعقد بهذا القول فعليها قيمة نفسها لانه أزال ملكه بعوض لم يسلم له فرجع إلى قيمة المفوت كالبيع الفاسد وكذلك از قلنا إن النكاح انعقد به فارتدت قبل

فلاحدهما الاستقلال بزويجها كما يملك تزويج سيدتها .

﴿ مسئلة ﴾ (ويشترط في الولي الحرية والذكورية واتفاق الدين والعقل)

وجملته أنه يعتبر لثبوت الولاية ستة شروط العقل والحرية والاسلام اذا كانت المرأة مسلمة والذكورية والبلوغ ، والعدالة على اختلاف نذكره فاما العقل فهو شرط بغير خلاف لان الولاية إنما ثبتت نظراً للمولى عليه عند عجزه عن النظر لنفسه ومن لاعقل له لا يمكنه النظر ولا يلي نفسه فغيره أولى وسواء في هذا من لا عقل له لصغره أو من ذهب عقله بجنون أو كبر كالشيخ اذا أفند قال

الدخول أو فعلت ما ينفسخ به نكاحها مثل أن أرضعت زوجة له صغيرة ونحو ذلك انفسخ نكاحها وعليها قيمة نفسها .

(فصل) وإن قال لامته أعتقتك على أن تزوجيني نفسك ويكون عتقك صداقك أو لم يقل ويكون عتقك صداقك فقبلت عتقت ولم يلزمها أن تزوجه نفسها لانه سلف في نكاح فلم يلزمها كما لو كان أسلف حرة ألفاً على أن يتزوجها ولانها أسقطت حقها من الخيار قبل وجود سببه فلم يسقط كالشفيع يسقط شفعته قبل البيع ويلزمها قيمة نفسها أومأ اليه أحمد في رواية عبد الله وهو مذهب الشافعي لانه أزال ملكه منها بشرط عوض لم يسلم له فاستحق الرجوع بقيمته كالبيع الفاسد اذا تلفت السلعة في يد المشتري والنكاح الفاسد اذا اتصل به الدخول، ويحتمل أن لا يلزمها شيء بناء على ما اذا قال لعبده أعتقتك على أن تعطيني ألفاً وهذا قول مالك وزفر لان هذا ليس بلفظ شرط فأشبه ما لو قال أعتقتك وزوجيني نفسك وتعتبر القيمة حالة العتق ويطالبها بها في الحال إن كانت قادرة عليها ، وإن كانت معسرة فهل تنظر الى الميسرة أو تجبر على الكسب ؟ على روايتين أصلهما في المفلس هل يجبر على الكسب؟ على روايتين

(فصل) وإن اتفق السيد وأمته على أن يعتقها وتزوجه نفسها فتزوجها على ذلك صح ولا مهر لها غير ما شرط من العتق وبه قال أبو يوسف وقال ابو حنيفة والشافعي لا يكون العتق صداقا لكن إن تزوجها على القيمة التي له في ذمتها وهما يعلمان القيمة صح الصداق

القاضي والشيخ الذي قد كبر فلا يعرف موضع الحظ لها لا ولاية له، فاما الاغماء فلا يزيل الولاية لانه يزول عن قريب فهو كالنوم، وكذلك لا تثبت الولاية عليه ويجوز على الانبياء ومن كان يجن في الاحيان لم تزل ولايته لانه لا يدوم زوال عقله فهو كالاغماء .

(الشرط الثاني) الحرية فلا ولاية لعبد في قول جماعة أهل العلم فان العبد لا ولاية له على نفسه فعلى غيره أولى، وقال أصحاب الرأي يجوز ان يزوجها العبد باذنها بناء منهم على أن المرأة تزوج نفسها وقد مضى الكلام في هذه المسألة .

(الشرط الثالث) الاسلام فلا يثبت للكافر ولاية على مسلمة ، وهو قول عامة أهل العلم قال ابن المنذر أجمع عامة من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا ، وفيه وجه ان الكافر يزوج أم ولده المسلمة وسوف نذكره ان شاء الله تعالى، قال أحمد بلغنا ان علياً أجاز نكاح أخ ورد نكاح الاب وكان نصرانيا

(الشرط الرابع) الذكورية وهو شرط للولاية في قول الجميع لانه يعتبر فيها الكمال والمرأة ناقصة قاصرة تثبت الولاية عليها لقصورها عن النظر لنفسها فلأن لا يثبت لها ولاية على غيرها أولى، وعن أحمد أنها تلي نكاح أمتها ومعتقتها وقد ذكرناه .

ولنا أن العتق صلح صداقا في حق النبي ﷺ فيجوز في حق أمته كالدراهم ولانه يصلح عوضاً في البيع فانه لو قال أعتق عبدك على ألف جاز فلأن يكون عوضا في النكاح أولى فان النكاح لا يقصد فيه العوض وعلى هذا لو تزوجها على أن يعتق أباها صح نص عليه أحمد في رواية عبد الله . اذا ثبت هذا فان العتق يصير صداقا كما لو دفع اليها مالا ثم تزوجها عليه فان بذلت له نفسها ليتزوجها فامتنع لم يجبر وكانت له القيمة لانها اذا لم تجبر على تزويجه نفسها لم يجبر هو على قبولها، وحكم المدبرة والمعتقة بصفة وأم الولد حكم الامة القن في جميع ماذكرناه

(فصل) فان أعتقت امرأة عبدها بشرط أن يتزوجها عتق ولا شيء عليه لان النكاح يحصل به الملك للزوج وليس بمملوك به فاذا اشترطت عليه اثبات الملك له لم يلزمه ذلك كما لو اشترطت عليه أن تملكه داراً ، ولو أراد العبد تزوجها لم تجبر لان الشرط لها فلا يوجب عليها كما لو شرط السيد على أمته أن تزوجه نفسها لم يلزمه ذلك

(فصل) ولا بأس أن يعتق الرجل الامة ثم يتزوجها سواء أعتقها لوجه الله تعالى أو أعتقها ليتزوجها ، وكره أنس تزويج من أعتقها لله تعالى قال الاثرم قلت لابي عبد الله روى شعبة عن قتادة عن أنس أنه كره أن يعتق الامة ثم يتزوجها فقال نعم قال اذا أعتقها لله كره أن يرجع في شيء منها ولنا ماروى ابو موسى قال : قال رسول الله ﷺ « من كانت عنده جارية فعلمها وأحسن اليها

(الشرط الخامس) البلوغ وهو شرط في ظاهر المذهب قال أحمد لايزوج الغلام حتى يحتلم ليس له أمر هذا قول الثوري والشافعي واسحاق وابن المنذر وأبي ثور

وروي عن احمد أنه اذا بلغ عشرا زوج وتزوج وطلق وأجزت وكالته في الطلاق ويحتمله كلام الخرقي لتخصيصه المسلوب الولاية بكونه طفلا، ووجه ذلك أنه يصح بيعه وطلاقه ووصيته فثبتت له الولاية كالبالغ ، والاول اختيار ابي بكر وهو الصحيح لان الولاية يعتبر لها كمال الحال لانها تفيد التصرف في حق غيره واعتبرت نظرا له والصبي مولى عليه لقصوره فلا تثبت له الولاية كالمرأة والاصول المقيس عليها ممنوعة .

(السادس) العدالة وفي كونها شرطا روايتان (احداهما) هي شرط قال احمد اذا كان القاضي مثل ابن الخلبي وابن الجعد استقبل النكاح ، فظاهر هذا أنه أفسد النكاح لانتفاء عدالة المتولي له وهذا قول الشافعي لما روي عن ابن عباس أنه قال لا نكاح الا بشاهدي عدل وولي مرشد . قال احمد أصح شيء في هذا قول ابن عباس يعني وقد روى ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل وايما امرأة انكحها ولي مسخوط عليه فنكاحها باطل » وروى البرقاني باسناده عن جابر قال قال رسول الله ﷺ « لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل » ولانها ولاية نظر فلا يستبد بها الفاسق كولاية المال

ثم أعتقها وتزوجها فذلك له أجران » متفق عليه ، ولانه اذا تزوجها فقد أحسن اليها باعفافها وصيانتها فلم يكره كما لو زوجها غيره وليس في هذا رجوع فيما جعل لله فانه انما يتزوجها بصداقها فهو بمنزلة من اشترى منها شيئا .

(فصل) واذا أراد أن يتزوجها بعد عتقها لم يحتج إلى أن استبراء سواء كان يطؤها أولم يكن لان الاستبراء لصيانة الماء ولا يصان ذلك عنه فان اشترى أمة فأعتقها قبل أن يستبرئها لم يحل له أن يتزوجها ولا يزوجها حتى يستبرئها لانه كان واجبا فلا يسقط باعتاقه لها ، قال أحمد في الرجل تكون له الامة لا يطؤها فيعتقها: لا يتزوجها من يومها حتى يستبرئها فان كان يطؤها فأعتقها تزوجها من يومه ومتى شاء لأنها في مائه ، قال القاضي معنى قوله ان كان يطؤها أن يحل له وطؤها وهي التي قد استبرأها

وقوله إن كان لا يطؤها أي لا يحل له وطؤها وهي التي لم يمض عليها زمان الاستبراء فلا يحل له تزوجها حتى يستبرئها ، واذا مضى لها بعض الاستبراء قبل عتقها أتمته بعده ولا يلزمها استئناف الاستبراء لان الاستبراء وجب بالشراء لا بالعتق فيحسب ابتداؤه من حين وجد سببه

(فصل) وان قال اعتق عبدك على أن أزوجك ابنتي فأعتقه لم يلزمه أن يزوجه ابنته لانه سلف في النكاح وعليه قيمة العبد ، وقال الشافعي في أحد قوليه لا يلزمه شيء لانه لا فائدة له في العتق

ولنا أنه أزال ملكه عن عبده بعوض شرطه فلزمه عوضه كما لو قال اعتق عبدك عني وعلي ثمنه وكما لو قال طلق زوجتك وعلي الف فطلقها أو قال الق متاعك في البحر وعلي ثمنه وبهذه الاصول يبطل قولهم انه لا فائدة له في العتق

(والرواية الاخرى) ليست شرطا ، نقل مثنى ابن جامع أنه سأل أحمد اذا تزوج بولي وشهود غير عدول فلم ير أنه يفسد من النكاح شيء ، وهذا ظاهر كلام الخرقي لانه ذكر الطفل والعبد والكافر ولم يذكر الفاسق وهو قول مالك وأبي حنيفة ، وأحد قولي الشافعي لانه يلي نكاح نفسه فثبتت له الولاية على غيره كالعدل ولانه يثبت الولاية القرابة وشرطها النظر وهذا قريب ناظر فيلي كالعدل

(فصل) ولا يشترط أن يكون بصيراً لان شعيبا زوج ابنته وهو أعمى ولان المقصود في النكاح يعرف بالسماع والاستفاضة فلا يفتقر الى النظر ولا يشترط النطق بل يجوز أن يلي الأخرس اذا فهمت اشارته لأنها تقوم مقام نطقه في سائر العقود والاحكام فكذلك النكاح

﴿ مسألة ﴾ (فان كان الاقرب طفلا أو كافراً أو عبداً زوج الأبعد) لان الولاية لا تثبت لطفل ولا عبد ولا كافر على مسلمة فعند ذلك يكون وجودهم كعدمهم فتثبت الولاية لمن أبعد منهم إذا كملت فيه الشروط كما لو ماتوا .

﴿ مسألة ﴾ (وإن عضل الاقرب زوج الأبعد وعنه يزوج الحاكم)

العضل منع المرأة من التزويج بكفئها اذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه ،

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قال الخاطب للولي أزوجت فقال نعم وقال للزوج أقبلت قال نعم فقد انعقد النكاح اذا حضره شاهدان)

وقال الشافعي لا ينعقد حتى يقول معه زوجتك ابنتي ويقول الزوج قبلت هذا التزويج لان هذين ركنا العقد ولا ينعقد بدونهما

ولنا أن نعم جواب لقوله أزوجت وقبلت والسؤال يكون مضمراً في الجواب معاداً فيه فيكون معنى نعم من الولي زوجته ابنتي ومعنى نعم من المتزوج قبلت هذا التزويج ولا احتمال فيه فيجب أن ينعقد به ولذلك لما قال الله تعالى (هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً ؟ قالوا نعم) كان اقراراً منهم بوجدان ذلك أنهم وجدوا ما وعدهم ربهم ، حقا ولو قيل لرجل لي عليك الف درهم قال نعم كان اقرار صحيحاً لا يفتقر الى نية ولا يرجع في ذلك الى تفسيره وبمثله تقطع اليد في السرقة فوجب أن ينعقد به التزويج كما لو لفظ بذلك

(فصل) ولو قال زوجتك ابنتي فقال قبلت انعقد النكاح ، وقال الشافعي في أحد قوليه لا ينعقد حتى يقول قبلت هذا النكاح أو هذا التزويج لانه كناية في النكاح يفتقر الى النية ، والاضمار فلم ينعقد به كلفظ الهبة والبيع

ولنا أن القبول صريح في الجواب فانعقد به كما ينعقد به البيع وسائر العقود وقولهم يفتقر إلى النية ممنوع فانه جواب فلا ينصرف الا إلى المذكور

(فصل) وينعقد النكاح بلفظ الانكاح والتزويج ، والجواب عنهما إجماعا وهما اللذان ورد بهما نص الكتاب في قوله سبحانه (زوجناكها) وقوله سبحانه (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) وسواء اتفقا من الجانبين أو اختلفا مثل أن يقول زوجتك بنتي هذه فيقول قبلت هذا النكاح أو هذا

فمتى وجد ذلك انتقلت الولاية الى الابعد نص عليه احمد وعنه رواية أخرى تنتقل إلى السلطان وهو اختيار أبي بكر ، وذكر ذلك عن عثمان بن عفان وشريح وبه قال الشافعي لقول النبي ﷺ « فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » ولان ذلك حق عليه امتنع من أدائه فقام الحاكم مقامه كما لو كان عليه دين فامتنع من قضائه

ولنا أنه تعذر التزويج من جهة الاقرب فملكه الأبعد كما لو جن ولانه يفسق بالعضل فتنتقل الولاية عنه كما لو شرب الخمر، فان عضل الاولياء كلهم زوج الحاكم، والحديث حجة لنا لقوله «السلطان ولي من لا ولي له » وهذه لها ولي ويمكن حمله على ما اذا عضل الكل فان قوله « فان اشتجروا» ضمير جمع يتناول الكل والولاية تخالف الدين من وجوه ثلاثة (أحدها) انها حق للولي والدين عليه . (الثاني) ان الدين لا ينتقل عنه والولاية تنتقل عنه لعارض من جنون الولي وفسقه (الثالث) أن الدين لا تعتبر في بقائه العدالة والولاية يعتبر لها ذلك وقد زالت العدالة بما ذكرناه، فان قيل لو زالت ولايته لما صح منه التزويج اذا أجاب اليه قلنا فسقه بامتناعه فاذا أجاب فقد نزع عن المعصية وراجع الحق

التزوج، ولا ينعقد بغير لفظ الانكاح والتزويج وبهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء والزهري وربيعة والشافعي ، وقال الثوري والحسن بن صالح وابو حنيفة وأصحابه وابو ثور وابو عبيد وداود ينعقد بلفظ الهبة والصدقة والبيع والتمليك ، وفي لفظ الاجارة عن أبي حنيفة روايتان ، وقال مالك ينعقد بذلك اذا ذكر المهر ، واحتجوا بان النبي ﷺ زوج رجلا امرأة فقال « قد ملكتكها بما معك من القرآن » رواه البخاري ولأنه لفظ ينعقد به تزويج النبي ﷺ فانعقد به نكاح أمته كلفظ الانكاح والتزويج ولأنه أمكن تصحيحه بمجازه فوجب تصحيحه كايقاع الطلاق بالكنايات

ولنا قوله تعالى (وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي ان أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين) فذكر ذلك خالصاً لرسول الله ﷺ ولأنه لفظ ينعقد به غير النكاح فلم ينعقد به النكاح كلفظ الاجارة والاباحة والاحلال، ولأنه ليس بصريح في النكاح فلا ينعقد به كالذي ذكرنا وهذا لان الشهادة شرط في النكاح والكناية انما تعلم بالنية ولا يمكن الشهادة على النية لعدم اطلاعهم عليها فيجب أن لا ينعقد، وبهذا فارق بقية العقود والطلاق ، وأما الخبر فقد روي زوجتكها وأنكحتكها وزوجناكها من طرق صحيحة ، والقصة واحدة والظاهر أن الراوي روى بالمعنى ظناً منه أن معناها واحد فلا تكون حجة وان كان النبي ﷺ جمع بين الالفاظ فلا حجة لهم فيه لان النكاح انعقد بأحدها والباقي فضلة

(فصل) ومن قدر على لفظ النكاح بالعربية لم يصح بغيرها وهذا أحد قولي الشافعي وعند أبي حنيفة ينعقد لانه اتى بلفظه الخاص فانعقد به كما ينعقد بلفظ العربية

فزال فسقه فكذلك صح تزويجه ، وقد روي عن معقل بن يسار قال : زوجت أختاً لي من رجل فطلقها حتى اذا انقضت عدتها جاء يخطبها فقلت له زوجتك وأفرشتك وأكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها لا والله لا تعود اليك أبداً وكان رجلا لا بأس به فكانت المرأة تريد أن ترجع اليه فأنزل الله هذه الآية (فلا تعضلوهن) فقلت الآن أفعل يارسول الله قال « فزوجها إياه » رواه البخاري

(فصل) وسواء طلبت التزويج بمهر مثلها او دونه ، وبه قال الشافعي وابو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة له منعها من التزويج بدون مهر مثلها لان عليهم في ذلك عاراً وفيه ضرر على نسائها لنقص مهر مثلهن

ولنا أن المهر خالص حقها وعوض يختص بها فلم يكن لهم الاعتراض عليها فيه كثمن عبدها وأجر دارها، ولأنها لو أسقطته بعد وجوبه سقط كله فبعضه أولى ولان النبي ﷺ قال لرجل أراد ان يزوجه « التمس ولو خاتماً من حديد » وقال لامرأة زوجت بنعلين « أرضيت من نفسك بنعلين ؟ » قالت نعم : فأجازه النبي ﷺ وقولهم فيه عار عليهم ليس كذلك فان عمر قال لو كان مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله كان أولاكم به رسول الله ﷺ يعني غلو الصداق فان رغبت في رجل بعينه وهو كفء فأراد تزويجها لغيره من اكفائها وامتنع من تزويجها من الذي أرادته كان عاضلا لها فان طلبت التزويج بغير كفء فله منعها منه ولا يكون عاضلا بذلك لأنها لو زوجت بغير كفئها كان له فسخ النكاح فلأن يمنع منه ابتداء أولى .

ولنا انه عدل عن لفظ الانكاح والتزويج مع القدرة فلم يصح كلفظ الاحلال ، فأما من لايحسن العربية فيصح منه عقد النكاح بلسانه لانه عاجز عما سواه فسقط عنه كالاخرس ويحتاج أن يأتي بمعناها الخاص بحيث يشتمل على معنى اللفظ العربي ، وليس على من لا يحسن العربية تعلم ألفاظ النكاح بها ، وقال أبو الخطاب عليه أن يتعلم لان ما كانت العربية شرطا فيه لزمه أن يتعلمها مع القدرة كالتكبير ووجه الاول ان النكاح غير واجب فلم يجب تعلم أركانه بالعربية كالبيع بخلاف التكبير ، فان كان احد المتعاقدين يحسن العربية دون الآخر أتى الذي يحسن العربية بها والآخر يأتي بلسانه ، فان كان احدهما لايحسن لسان الآخر احتاج أن يعلم أن اللفظة التي أتى بها صاحبه لفظة الانكاح أن يخبره بذلك ثقة يعرف اللسانين جميعا

(فصل) فأما الاخرس فان فهمت إشارته صح نكاحه بها لانه معنى لا يستفاد إلا من جهة واحدة فصح باشارته كبيعه وطلاقه ولعانه ، وان لم تفهم اشارته لم يصح منه كما لم يصح غيره من التصرفات القولية ، ولان النكاح عقد بين شخصين ولا بد من فهم كل واحد منهما ما يصدر من صاحبه ، ولو فهم ذلك صاحبه العاقد معه لم يصح حتى يفهم الشهود أيضا لان الشهادة شرط ولا يصح على ما لا يفهم ، قال أحمد لا يزوجه وليه يعني إذا كان بالغا لان الخرس لا يوجب الحجر فهو كالصمم

(فصل) إذا تقدم القبول على الايجاب لم يصح رواية واحدة سواء كان بلفظ الماضي مثل أن يقول تزوجت ابنتك فيقول زوجتك أو بلفظ الطلب كقوله زوجني ابنتك فيقول زوجتكها . وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي يصح فيهما جميعا لانه قد وجد الايجاب والقبول فيصح كما لو تقدم الايجاب ولنا أن القبول انما يكون للايجاب فمتى وجد قبله لم يكن قبولا لعدم معناه فلم يصح كما لو تقدم

﴿ مسئلة ﴾ (وان غاب غيبة منقطعة زوج الأبعد وهي مالا تقطع الا بكلفة ومشقة في ظاهر كلام احمد وقال الخرقي مالا يصل اليه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه ، وقال القاضي مالا تقطعه القافلة في السنة الا مرة ، وقد قال احمد اذا كان الاب بعيد السفر زوج الأبعد . قال ابو الخطاب فيحتمل أنه أراد بالسفر البعيد ما تقصر فيه الصلاة)

الكلام في هذه المسئلة من أمرين (أحدهما) أن الاقرب اذا غاب غيبة منقطعة زوج الابعد دون الحاكم وبهذا قال ابو حنيفة وقال الشافعي يزوجها الحاكم لانه تعذر الوصول الى النكاح من الاقرب مع بقاء ولايته فيقوم الحاكم مقامه كما لو عضلها ولان الأبعد محجوب بولاية الاقرب فلا يجوز له التزويج كما لو كان حاضراً ، ودليل بقاء ولايته أنه لو زوج من حيث هو أو وكل صح

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «السلطان ولي من لا ولي لها » وهذه لها ولي فلا يكون السلطان وليا لها ولان الاقرب تعذر حصول التزويج منه فتثبت الولاية لمن يليه من العصبات كما لو جن او مات ولانها حالة يجوز فيها التزويج لغير الاقرب فكان ذلك للأبعد كالاصل واذا عضلها فهي كمسئلتنا

(الفصل الثاني) في الغيبة المنقطعة التي يجوز للابعد التزويج في مثلها ففي قول الخرقي هي مالا

بلفظ الاستفهام ، ولانه لو تأخر عن الايجاب بلفظ الطالب لم يصح فاذا تقدم كان أولى كصيغة الاستفهام ولانه لو أتى بالصيغة المشروعة متقدمة فقال قبلت هذا النكاح فقال الولي زوجتك ابنتي لم يصح فلأن لا يصح إذا أتى بغيرها أولى ، وأما البيع فلا يشترط فيه صيغة الايجاب والقبول بل يصح بالمعاطاة . ولانه لا يتعين فيه لفظ بل يصح بأي لفظ كان مما يؤدي المعنى ولا يلزم الخلع لانه يصح تعليقه على الشروط

(فصل) وإذا عقد النكاح هازلا أو تلجئة صح لان النبي ﷺ قال « ثلاث هزلهن جد وجدهن جد: الطلاق والنكاح والرجعة » رواه الترمذي . وعن الحسن قال قال رسول الله ﷺ « من نكح لاعبا أو طلق لاعبا أو أعتق لاعبا جاز » قال عمر أربع جائزات إذا تكلم بهن : الطلاق والنكاح والعتاق والنذر . وقال علي أربع لا لعب فيهن : الطلاق والعتاق والنكاح والنذر

(فصل) إذا تراخى القبول عن الايجاب صح ماداما في المجلس ولم يتشاغلا عنه بغيره لان حكم المجلس حكم حالة العقد بدليل القبض فيما يشترط القبض فيه وثبوت الخيار في عقود المعاوضات فان تفرقا قبل القبول بطل الايجاب فانه لا يوجد معناه فان الاعراض قد وجد من جهته بالتفرق فلا يكون قبولا وكذلك ان تشاغلا عنه بما يقطعه لانه معرض عن العقد أيضا بالاشتغال عن قبوله . وقد نقل أبو طالب عن أحمد في رجل مشى اليه قوم فقالوا له زوّج فلانا قال قد زوجته على الف فرجعوا الى الزوج فأخبروه فقال قد قبلت هل يكون هذا نكاحا ؟ قال نعم ، قال القاضي هذا محمول على انه وكل من قبل العقد في المجلس . وقال أبو بكر مسئلة أبي طالب تتوجه على قولين واختار انه لا بد من القبول في المجلس وهو الصحيح إن شاء الله تعالى

يصل اليه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه لان مثل هذا يتعذر مراجعته بالكلية فتكون منقطعة أي تنقطع عن امكان تزويجها ، وقال القاضي يجب أن يكون حد المسافة أن لا ترد القوافل فيه في السنة الا مرة لان الكفء ينتظر سنة ولا ينتظر أكثر منها فيلحق الضرر بترك تزويجها ، وقد قال احمد في موضع اذا كان الاب بعيد السفر زوج الاخ . يحتمل أنه أراد ماتقصر فيه الصلاة لان ذلك هو السفر البعيد الذي علقت عليه الاحكام، وذكر أبو بكر وجوها (أحدها) ما لا يقطع الا بكلفة ومشقة لان احمد قال اذا لم يكن ولي حاضر من عصبتها كتب اليهم حتى يأذنوا إلا أن تكون غيبة منقطعة لا تدرك الا بكلفة ومشقة فالسلطان ولي من لا ولي له، قال شيخنا وهذا القول ان شاء الله أقربها إلى الصواب فان التحديدات بابها التوقيف ولا توقيف في هذه المسئلة فترد إلى مايتعارفه الناس بينهم مما لم تجر العادة بالانتظار فيه ويلحق المرأة الضرر بمنعها من التزويج في مثله فانه يتعذر في ذلك الوصول الى المصلحة من نظر الاقرب فيكون كالمعدوم، والتحديد بالعام كثير فان الضرر يلحق بالانتظار في مثل ذلك ويذهب الخاطب ، ومن لا يصل منه كتاب أبعد ومن هو على مسافة لا تلحق المشقة بمكاتبته فكان التوسط أولى ، واختلف

(فصل) فإن أوجب النكاح ثم زال عقله بجنون أو اغماء بطل حكم الايجاب ولم ينعقد بالقبول بعده مالم يضامه القبول لم يكن عقداً فيبطل بزوال العقل كالعقود الجائزة تبطل بالموت والجنون وهذا مذهب الشافعي وإن زال عقله بنوم لم يبطل حكم الايجاب لأنه لا يبطل العقود الجائزة فكذلك هذا

(فصل) ولا يثبت في النكاح خيار وسواء في ذلك خيار المجلس وخيار الشرط ولا نعلم أحداً خالف في هذا وذلك لان الحاجة غير داعية اليه فانه لا يقع في الغالب إلا بعد ترو وفكر ومسئلة كل واحد من الزوجين عن صاحبه والمعرفة بحاله بخلاف البيع الواقع في الاسواق من غير فكر ولا روية ولان النكاح ليس بمعاوضة محضة ولهذا لا يعتبر فيه العلم بالمعقود عليه برؤية ولا صفة ويصح من غير تسمية العوض ومع فساده ولان ثبوت الخيار فيه يفضي إلى فسخه بعد ابتذال المرأة فان في فسخه بعد العقد ضررا بالمرأة ولذلك أوجب الطلاق قبل الدخول نصف الصداق

(فصل) ويستحب أن يخطب العاقد أو غيره قبل التواجب ثم يكون العقد بعده لقول النبي ﷺ « كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه بالحمد لله فهو أقطع » وقال « كل خطبة ليس فيها شهادة فهي كاليد الجذماء » رواهما ابن المنذر ويجزىء من ذلك أن يحمد الله ويتشهد ويصلي على رسول الله ﷺ والمستحب أن يخطب بخطبة عبد الله بن مسعود التي قال علمنا رسول الله ﷺ التشهد في الصلاة والتشهد في الحاجة قال التشهد في الحاجة أن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له وأشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا عبده ورسوله ويقرأ ثلاث آيات (اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون * اتقوا الله الذي تساءلون به والارحام ان الله

أصحاب أبي حنيفة في الغيبة المنقطعة فقال بعضهم كقول القاضي وبعضهم قال من الري الى بغداد وقال بعضهم من الرقة الى البصرة ، وهذان القولان يشبهان قول أبي بكر ، واختلف أصحاب الشافعي في الغيبة التي يزوج فيها الحاكم فقال بعضهم مسافة القصر ، وقال بعضهم يزوجها الحاكم ، وان كان الولي قريباً وهو منصوص الشافعي ، وظاهر كلام احمد أنه اذا كانت الغيبة غير منقطعة انه ينتظر ويراسل حتى يقدم او يوكل

(فصل) فان كان القريب أسيراً أو محبوساً في مسافة قريبة لا يمكن مراجعته فهو كالبعيد فان البعد لم يعتبر لعينه بل لتعذر الوصول الى التزويج بنظره وهذا موجود ههنا وكذلك ان كان غائباً لا يعلم أقريب هو أم بعيد او علم أنه قريب ولم يعلم مكانه فهو كالبعيد

﴿مسئلة﴾ (ولا يلي كافر نكاح مسلمة بحال الا إذا أسلمت أم ولده في وجه)

أما الكافر فليس له ولاية على مسلمة بحال وهو قول مالك والشافعي وأبي عبيد وأصحاب الرأي قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، وذكر شيخنا ههنا أن فيه وجها أن الكافر يلي نكاح أم ولده إذا أسلمت وذكره أبو الخطاب لانها مملوكته فيلي نكاحها كالمسلم، ولانه عقد

كان عليكم رقيبا - اتقوا الله وقولوا قولا سديداً يصلح لكم أعمالكم) الآية رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن قال الخلال ثنا أبو سليمان امام طرسوس قال كان الامام أحمد بن حنبل إذا حضر عقد نكاح فلم يخطب فيه بخطبة عبدالله بن مسعود قام وتركهم وهذا كان من أبي عبدالله من المبالغة في استحبابها لا على الايجاب فان حرب بن اسماعيل قال قلت لاحمد فيجب أن تكون خطبة النكاح مثل قول ابن مسعود فوسع في ذلك وقد روي عن عمر أنه كان إذا دعي ليزوج قال لا تفضضوا علينا الناس الحمد لله وصلى الله على محمد إن فلانا يخطب إليكم فان أنكحتموه فالحمد لله وان رددتموه فسبحان الله والمستحب خطبة واحدة يخطبها الولي أو الزوج أو غيرهما وقال الشافعي المسنون خطبتان هذه التي ذكرناها في أوله وخطبة من الزوج قبل قبوله والمنقول عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن السلف خطبة واحدة وهو أولى ما اتبع .

(فصل) والخطبة غير واجبة عند أحد من أهل العلم علمناه الا داود فانه أوجبها لما ذكرناه

ولنا أن رجلا قال للنبي ﷺ يارسول الله زوجنيها فقال رسول الله ﷺ «زوجتكها بما معك من القرآن» متفق عليه ولم يذكر خطبة وخطب الى عمر مولاة له فما زاد على أن قال أنكحناك على ما أمر الله على امساك بمعروف أو تسريح باحسان وقال جعفر بن محمد عن أبيه ان كان الحسين ليزوج بعض بنات الحسن وهو يتعرق العرق رواها ابن المنذر وروى أبو داود باسناده عن رجل من بني سليم قال خطبت الى رسول الله ﷺ امامة بنت عبد المطلب فأنكحني من غير أن يتشهد

عليها فيليه كاجارتها (والثاني) لا يليه لقول الله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) ولانها مسلمة فلا يلي نكاحها كابنته فعلى هذا يزوجها الحاكم وهذا الوجه أولى لما ذكرنا من الاجماع

﴿مسئلة﴾ (ولا يلي مسلم نكاح كافرة الا سيد الامة وولي سيدها أو السلطان لقول الله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) ولان مختلفي الدين لا يرث أحدهما الآخر ولا يعقل عنه فلم يل عليه كما لو كان أحدهما رقيقاً فأما سيد الامة الكافرة فله تزويجها الكافر لكونها لا تحل للمسلمين وكذلك سيد الامة الكافرة يلي تزويجها الكافر لانها ولاية بالملك فلم يمنعها كون سيد الامة الكافرة مسلما كسائر الولايات ولان هذه تحتاج الى التزويج ولا ولي لها غير سيدها . فأما السلطان فله الولاية على من لا ولي لها من أهل الذمة لأن ولايته عامة على أهل دار الاسلام وهذه من أهل الدار فثبتت له الولاية عليها كالمسلمة

وتثبت الولاية للكافر على أهل دينه على حسب ما ذكرنا في المسلمين وتعتبر فيهم الشروط المعتبرة في المسلمين

﴿مسئلة﴾ (ويلي الذمي نكاح موليته الذمية من الذمي لقوله تعالى (والذين كفروا بعضهم

ولانه عقد معاوضة فلم تجب فيه الخطبة كالبيع وما استدلوا به يدل على عدم الكمال بدون الخطبة لا على الوجوب .

(فصل) ويستحب اعلان النكاح والضرب فيه بالدف قال أحمد يستحب أن يظهر النكاح ويضرب فيه بالدف حتى يشتهر ويعرف وقيل له ما الدف ؟ قال هذا الدف قال لا بأس بالغزل في العرس بمثل قول النبي ﷺ للانصار « أتيناكم أتيناكم فحيونا نحييكم لولا الذهب الاحمر ما حلت بواديكم ولولا الحنطة السوداء ما سمنت عذاريكم » لا على ما يصنع الناس اليوم ومن غير هذا الوجه « ولولا الحنطة الحمراء ما سمنت عذاريكم » .

وقال أحمد أيضا يستحب ضرب الدف والضرب في الاملاك فقيل له ما الصوت ؟ قال يتكلم ويتحدث ويظهر والاصل في هذا ما روى محمد بن حاطب قال قال رسول الله ﷺ « فصل ما بين الحلال والحرام الصوت والدف في النكاح » رواه النسائي . وقال عليه السلام « أعلنوا النكاح — وفي لفظ — أظهروا النكاح » وكان يحب أن يضرب عليها بالدف ، وفي لفظ « واضربوا عليه بالغربال »

وعن عائشة أنها زوجت يتيمة رجلا من الانصار وكانت عائشة فيمن أهداها إلى زوجها قالت فلما رجعنا قال لنا رسول الله ﷺ « ما قلتم يا عائشة ؟ » قالت سلمنا ودعونا بالبركة ثم انصرفنا فقال « ان الانصار قوم فيهم غزل الا قلتم يا عائشة أتيناكم أتيناكم فحيانا وحياكم ؟ » روى هذا كله ابو عبد الله بن ماجه في سننه ، وقال أحمد رحمه الله لا بأس بالدف في العرس والختان وأكره الطبل وهو المنكر وهو الكوبة التي نهى النبي ﷺ

(فصل) فان عقده بولي وشاهدين فأسروه أو تواصوا بكتمانه كره ذلك وصح النكاح وبه يقول

أولياء بعض (وهل يليه من مسلم ؟ على وجهين)

(أحدهما) يليه ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة لانه وليها فصح تزويجه لها كما لو زوجها كافراً ولانها امرأة لها ولي مناسب فلم يجز أن يليها غيره كما لو تزوجها ذمي (والثاني) لا يزوجها الا الحاكم قاله القاضي لان أحمد قال : لا يعقد يهودي ولا نصراني عقد نكاح لمسلم ولا مسلمة ووجهه أنه عقد يفتقر الى شهادة مسلمين فلم يصح بولاية كافر كنكاح المسلمين والاول أصح والشاهدان يرادان لاثبات النكاح عند الحاكم بخلاف الولاية

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا زوج الابعد من غير عذر للاقرب أو زوج الاجنبي لم يصح وعنه يصح ويقف على إجازة الولي)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) أنه اذا زوج الابعد مع حضور الاقرب واجابته الى تزويجها من غير اذنه لم يصح وبهذا قال الشافعي وقال مالك يصح لان هذا ولي فصح أن يزوجها باذنها كالاقرب ولنا أن هذا مستحق بالتعصيب فلم يثبت للابعد مع وجود الاقرب كالميراث وبهذا فارق القريب البعيد

أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر وممن كره نكاح السر عمر رضي الله عنه وعروة وعبدالله بن عبيد الله ابن عتبة والشعبي ونافع مولى ابن عمر . وقال أبو بكر عبد العزيز النكاح باطل لان أحمد قال اذا تزوج بولي وشاهدين: لاحتى يعلنه وهذا مذهب مالك والحجة لهما ماتقدم في الفصل الذي قبل هذا

ولنا قوله « لا نكاح إلا بولي » مفهومه انعقاده بذلك وإن لم يوجد الاظهار ، ولانه عقد معاوضة فلم يشترط اظهاره كالبيع وأخبار الاعلان يراد بها الاستحباب بدليل أمره فيها بالضرب بالدف والصوت وليس ذلك بواجب فكذلك ما عطف عليه ، وقول احمد : لا ، نهي كراهة فانه قد صرح فيما حكينا عنه قبل هذا باستحباب ذلك ولان اعلان النكاح والضرب فيه بالدف انما يكون في الغالب بعد عقده ولو كان شرطا لاعتبر حالة العقد كسائر الشروط

(فصل) ويستحب عقد النكاح يوم الجمعة لان جماعة من السلف استحبوا ذلك منهم سمرة بن حبيب وراشد بن سعيد وحبيب بن عتبة ولانه يوم شريف ويوم عيد فيه خلق الله آدم عليه السلام والمساية أولى بأن أبا حفص روى باسناده عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « مسوا بالاملاك فانه أعظم للبركة » ولانه أقرب إلى مقصوده وأقل لانتظاره

(فصل) ويستحب أن يقال للمتزوج بارك الله لك وبارك عليك وجمع بينكما في خير وعافية وقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى على عبد الرحمن أثر صفرة فقال « ماهذا ؟ » فقال إني تزوجت امرأة على وزن نواة من ذهب قال « بارك الله لك أولم ولو بشاة » متفق عليه قال بعض أهل العلم وزن النواة خمسة دراهم وذلك ثلاثة مثاقيل ونصف من الذهب وقال المبرد الصواب عند

(الفصل الثاني) أن هذا العقد يقع فاسداً لا يقف على الاجازة ولا يصير بالاجازة صحيحاً وكذلك الحكم إذا زوج الاجنبي أو زوجت المرأة المعتبر اذنها بغير اذنها أو تزوج العبد بغير إذن سيده فالنكاح في هذا كله باطل في أصح الروايتين نص عليه أحمد في مواضع وهو قول الشافعي وأبي عبيد وأبي ثور وعن أحمد رواية أخرى أنه يقف على الاجازة فان أجازه جاز وان لم يجزه فسد قال أحمد في صغير زوجه عمه فان رضي به في وقت من الاوقات جاز وان لم يرض فسخ واذا زوجت اليتيمة فلها الخيار إذا بلغت وقال إذا تزوج العبد بغير إذن سيده ثم علم السيد فان شاء أن يطلق عليه فالطلاق بيد السيد فان أذن في التزويج فالطلاق بيد العبد وهذا قول أصحاب الرأي في كل مسئلة يعتبر فيها الاذن وروي ذلك في النكاح بغير ولي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وعن القاسم بن محمد والحسن بن صالح واسحاق وأبي يوسف ومحمد لما روي أن جارية بكرا أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ رواه أبو داود وابن ماجه وروي أن فتاة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت ان أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيسته قال فجعل الامر اليها فقالت قد أجزت ما صنع أبي ولكن أردت أن أعلم أن للنساء من الامر شيئاً ولانه عقد يقف على الفسخ

أهل العلم بالعربية أن يقال على نواة فحسب فان النواة عندهم اسم خمسة دراهم كما أن الاوقية أربعون درهما والنش عشرون والله أعلم

(فصل) ويستحب أن يقول اذا زفت اليه ماروى صالح بن أحمد في مسائله عن أبيه حدثنا داود عن أبي نضرة عن أبي سعيد مولى أبي أسيد قال تزوج فحضره عبد الله بن مسعود وابو ذر وحذيفة وغيرهم من أصحاب رسول الله ﷺ فحضرت الصلاة فقدموه وهو مملوك فصلى بهم ثم قالوا له اذا دخلت على أهلك فصل ركعتين ثم خذ برأس أهلك فقل اللهم بارك لي في أهلي وبارك لأهلي في وارزقهم مني وارزقني منهم ثم شأنك وشأن أهلك. وروى ابو داود باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «اذا تزوج أحدكم امرأة واشترى خادما فليقل اللهم إني أسألك خيرها وخير ماجبلتها عليه وأعوذ بك من شرها وشر ماجبلتها عليه واذا اشترى بعيراً فليأخذ بذروة سنامه وليقل مثل ذلك»

﴿مسئلة﴾ قال (وليس للحر أن يجمع بين أكثر من أربع زوجات)

أجمع أهل العلم على هذا ولا نعلم أحدا خالفه الا شيئا يحكى عن القاسم بن ابراهيم أنه أباح تسعا لقول الله تعالى [فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع] والواو للجمع ولان النبي ﷺ مات عن تسع وهذا ليس بشيء لانه خرق للاجماع وترك للسنة فان رسول الله ﷺ قال: لغيلان بن سلمة حين أسلم وتحته عشر نسوة «امسك أربعا وفارق سائرهن» وقال نوفل بن معاوية

فوقف على الاجازة كالوصية ووجه الاولى قول النبي ﷺ «أيما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل - وقال - إذا نكح العبد بغير إذن سيده فنكاحه باطل» رواه أبو داود وابن ماجه الا أن أبا داود قال هو موقوف على ابن عمر ولانه عقد لا تثبت فيه أحكامه من الطلاق والخلع واللعان والتوارث فلم ينعقد كنكاح المعتدة فأما حديث المرأة التي خيرها رسول الله ﷺ فهو مرسل عن عكرمة رواه الناس كذلك ولم يذكروا ابن عباس قاله أبو داود ثم يحتمل أن هذه المرأة هي التي قالت زوجني أبي من ابن أخيه ليرفع به خسيسته فتخييرها لتزويجها من غير كفئها وهذا يثبت الخيار ولا يبطل النكاح والوصية يتراخى فيها القبول وتجوز بعد الموت فهي معدول بها عن سائر التصرفات ولا تفريع على هذه الرواية لوضوحها فأما على الرواية الاخرى فان الشهادة تعتبر في العقد لأنها شرط له فيعتبر وجودها معه كالقبول ولا تعتبر في الاجازة لأنها ليست بعقد ولأنها اذا وجدت أسند الملك الى حالة العقد حتى لو كان في الصداق نماء ملك من حين العقد لا من حين الاجازة وان مات أحدهما قبل الاجازة لم يرثه الآخر لانه عقد تلزمه إجازته فهو كالصحيح وان كان مما لا يجيزه لم يرثه

(فصل) ومتى تزوجت المرأة بغير اذن وليها والامة بغير اذن سيدها فقد ذكره أصحابنا من

اسلمت وتحتي خمس نسوة فقال النبي ﷺ « فارق واحدة منهن » رواها الشافعي في مسنده واذا منع من استدامة زيادة عن أربع فالابتداء أولى فالآية أريد بها التخيير بين اثنتين وثلاث وأربع كما قال (أولي أجنحة مثنى وثلاث ورباع) ولم يرد أن لكل ملك تسعة أجنحة ولو أراد ذلك لقال تسعة ولم يكن للتطويل معنى ومن قال غير هذا فقد جهل اللغة العربية ، وأما النبي ﷺ فمخصوص بذلك ألا ترى أنه جمع بين أربعة عشر

﴿ مسئلة ﴾ قال (وليس للعبد أن يجمع الا اثنتين)

أجمع أهل العلم على أن للعبد أن ينكح اثنتين واختلفوا في إباحة الاربع فذهب احمد أنه لا يباح له إلا اثنتان وهذا قول عمر رضي الله عنه وعلي وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهما وبه قال عطاء والحسن والشعبي وقتادة والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال القاسم بن محمد وسالم بن عبدالله وطاوس ومجاهد والزهري وربيعة ومالك وأبو ثور وداود له نكاح أربع لعموم الآية ولان هذه طريقه اللذة والشهوة فساوى العبد الحر فيه كالمأكول.

ولنا قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان اجماعا ، وقد روى ليث بن ابي سليم عن الحكم بن عتيبة قال . أجمع أصحاب رسول الله ﷺ على أن العبد لا ينكح أكثر من اثنتين ويقوي هذا ماروى الامام أحمد باسناده عن محمد بن سيرين أن عمر رضي الله عنه سأل الناس : كم يتزوج العبد ؟ فقال عبد الرحمن بن عوف باثنتين وطلاقه باثنتين فدل هذا على أن ذلك

الروايتين قال شيخنا والصحيح عندي أنه لا يدخل فيها لتصريح النبي صلى الله عليه وسلم فيه بالبطلان ولان الاجازة انما تكون لعقد صدر من أهله في محله فأما ما لا يصدر من الاهل كالذي عقده المجنون أو الطفل فلم يقف على الاجازة وهذا عقد لم يصدر من أهله فان المرأة ليست أهلا له بدليل أنه لو أذن لها فيه لم يصح مع الاذن القارن فأن لا يصح بالاجازة المتأخرة أولى ولا تفريع على هذا القول وأما على القول الآخر فمتى تزوجت بغير اذن الولي فيرفع الى الحاكم لم يملك إجازته والامر فيه الى الولي فمتى رده بطل لان من وقف بالحكم على اجازته بطل برده كالمرأة اذا زوجت بغير اذنها وفيه وجه آخر أنه إذا كان الزوج كفؤا أمر الحاكم الولي باجازته فان لم يفعل أجازه الحاكم لانه لو امتنع صار عاضلا فانتقلت الولاية عنه الى الحاكم في ابتداء العقد ومتى حصلت الاصابة قبل الاجازة ثم أجيز فالمهر واحد اما المسمى وأما مهر المثل ان لم يكن مسمى فان الاجازة مسندة الى حالة العقد فيثبت الحل والملك من حين العقد كما ذكرنا في البيع ولذلك لم يجب الحد ومتى تزوجت الامة بغير اذن سيدها ثم خرجت من ملكه قبل الاجازة الى من تحل له انفسخ النكاح ولانه قد طرأت استباحة صحيحة على موقوفة فأبطلتها لانها أقوى فأزالت الاضعف كما لو طرأ ملك اليمين

كان بحضر من الصحابة وغيرهم فلم ينكر وهذا يخص عموم الآية على أن فيها ما يدل على ارادة الاحرار وهو قوله (أو ما ملكت أيمانكم) ويفارق النكاح المأكول فانه مبني على التفضل ولهذا فارق النبي ﷺ فيه أمته ولان فيه ملكا والعبد ينقص في الملك عن الحر

﴿ مسئلة ﴾ قال (وله أن يتسرى باذن سيده)

هذا هو المنصوص عن احمد في رواية الجماعة وهو قول ابن عمر وابن عباس والشعبي والنخعي والزهري ومالك والاوزاعي والثوري وأبي ثور وكره ذلك ابن سيرين وحماد بن أبي سليمان والثوري وأصحاب الرأي ، وللشافعي قولان مبنيان على أن العبد هل يملك بتمليك سيده أولى؟ وقال القاضي أبو يعلى يجب أن يكون في مذهب احمد في تسري العبد وجهان مبنيان على الروايتين في ثبوت الملك له بتمليك سيده واحتج من منع ذلك بان العبد لا يملك المال ولا يجوز الوطء إلا في نكاح أو ملك يمين لقول الله تعالى (الا على أزواجهم أو ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون)

ولنا قول ابن عمر وابن عباس ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفا وروى الاثرم باسناده عن ابن عمر أنه كان لا يرى بأسا أن يتسري العبد ونحوه عن ابن عباس ولان العبد يملك في النكاح فملك التسري كالحر وقولهم إن العبد لا يملك المال ممنوع فان النبي ﷺ قال « من اشترى عبدا وله مال » فجعل المال له ولانه آدمي فملك المال كالحر وذلك لانه بآدميته يتمهد لاهلية الملك إذ كان الله تعالى

على ملك النكاح وان خرجت الى من تحل له كالمرأة أو اثنتين فكذلك أيضاً لان العقد اذا وقف على اجازة شخص لم يجز باجازة غيره كما لو باع أمة غيره ثم باعها المالك فأجازها المشتري الثاني مع الاجنبي وفيه وجه آخر أنه يجوز باجازة المالك الثاني لانه يملك ابتداء العقد فملك اجازته كالاول ولا فرق بين أن يخرج ببيع أو هبة أو ارث أو غيره فأما ان أعتقها السيد احتمل أن يجوز النكاح لانه انما وقف لحق المولى فاذا أعتق سقط حقه فصح واحتمل أن لا يجوز لان ابطال حق الولي ليس باجازة ولان حق المولى ان بطل من الملك لم يبطل من ولاية التزويج فانه يليها بالولاء

(فصل) واذا زوجت التي يعتبر اذنها بغير اذنها وقلنا يقف على اجازتها فاجازتها بالنطق أو ما يدل على الرضا من التمكين من الوطء والمطالبة بالمهر أو النفقة ولا فرق في ذلك بين البكر والثيب لان أدلة الرضا تقوم مقام النطق به ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم لبريرة « ان وطئك زوجك فلا خيار لك » جعل تمكينها دليلاً على اسقاط حقها والمطالبة بالمهر أو النفقة والتمكين من الوطء دليل على الرضا لان ذلك من خصائص العقد الصحيح فوجوده من المرأة دليل رضاها به

﴿مسئلة﴾ (ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه وان كان حاضراً ووصيه في النكاح بمنزلته)

خلق الأموال للآدميين ليستعينوا بها على القيام بوظائف التكاليف وأداء العبادات قال الله تعالى (هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا) والعبد داخل في العموم ومن أهل التكليف والعبادات فيكون أهلا للملك ولذلك ملك في النكاح واذا ثبت الملك للجنين مع كونه نطفة لا حياة فيها باعتبار ما له الى الآدمية فالعبد الذي هو آدمي مكلف أولى

إذا ثبت هذا فلا يجوز له التسري الا باذن سيده ولو ملكه سيده جارية لم يبح له وطؤها حتى يأذن له فيه لان ملكه ناقص ولسيده نزعه منه متى شاء من غير فسخ عقد فلم يكن له التصرف فيه الا باذن سيده فان أذن له فقال تسربها أو أذنت لك في وطئها أو مادل عليه أبيح له وما ولد له من التسري فحكمه حكم ملكه لان الجارية مملوكة له فكذلك ولدها، وان تسرى بغير اذن سيده فالولد ملك سيده

(فصل) وله التسري بما شاء اذا أذن له السيد في ذلك نص عليه أحمد لان من جاز له التسري جاز من غير حصر كالحر فان أذن له وأطلق التسري تسرى بواحدة وكذلك اذا أذن له في التزويج لم يجز أن يتزوج أكثر من واحدة وبهذا قال أصحاب الرأي وأبو ثور ، واذا أذن له في التزويج فعقد على اثنتين في عقد جاز . ولنا أن الاذن المطلق يتناول أقل ما يقع عليه الاسم يقينا وما زاد مشكوك فيه فيبقى على الاصل كما لو أذن له في طلاق امرأته لم يكن له أن يطلق أكثر من واحدة ، ولان الزائد على الواحدة يحتمل أن يكون غير مراد فيبقى على أصل التحريم كما لو شك هل أذن له أو لا؟

(فصل) والمكاتب كالعبد القن لا يتزوج ولا يتسرى إلا باذن سيده لان في ذلك إتلافا للمال الذي في يديه وقد قال عليه السلام « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » وأما المعتق بعضه فاذا ملك

يجوز التوكيل في النكاح سواء كان الولي حاضراً أو غائباً مجبراً أو غير مجبر لانه روي ان النبي صلى الله عليه وسلم وكل أبا رافع في تزويجه ميمونة ووكل عمرو بن أمية الضمري في تزويجه أم حبيبة ولانه عقد معاوضة فجاز التوكيل ولاصحاب الشافعي في توكيل غير الاب والجد وجهان (أحدهما) لا يجوز لانه يلي بالاذن فلم يجز له التوكيل كالوكيل

ولنا أنه يلي شرعاً فكان له التوكيل كالاب ولا يصح قولهم إنه يلي بالاذن فان ولايته ثابتة قبل إذنها وإنما إذنه شرط لصحة تصرفه فأشبه ولاية الحاكم عليها . ولا خلاف في ان الحاكم ان يستنيب في التزويج من غير إذن المرأة ولان المرأة لاولاية لها على نفسها فكيف تثبت الانابة من قبلها؟

(فصل) ويجوز التوكيل مطلقا ومقيداً فالمقيد التوكيل في تزويج رجل بعينه والمطلق التوكيل في تزويج من يرضاه أو من شاء قال أحمد في رواية عبد الله في الرجل يولي على أخته وابنته تقول اذا وجدت من أرضاه فزوجه فتزويجه جائز ومنع بعض الشافعية التوكيل المطلق ولا يصح فانه روى ان رجلا من العرب ترك ابنته عند عمر وقال اذا وجدت لها كفؤا فزوجه ولو بشراك نعله فزوجها عمر عثمان بن عفان فهي أم عمرو بن عثمان واشتهر ذلك فلم ينكر ولانه اذن في النكاح فجاز مطلقا

بجزئه الحر جارية فملكه تام وله الوطء بغير اذن سيده لقوله سبحانه (أو ما ملكت أيمانكم) ولان ملكه عليها تام له التصرف فيها بما شاء بغير اذن سيده فكذلك الوطء وما فيه من الرق لا يمنعه من استيفاء ما يملكه كما له ان يتصرف ويأكل ما ملكه بنصفه الحر. وقال القاضي حكمه حكم القن وهو منصوص الشافعي، وقال بعض أصحابه كقولنا، واحتج من منع ذلك بأنه لا يمكنه الوطء بنصفه الحر وحده وكذلك منعناه التزوج حتى يأذن له سيده

ولنا انه لاحق لسيده فيها ولا يلحقه ضرر باستمتاعه منها فلم يعتبر اذنه فيها كاستخدامها وأما التزويج فانه يلزمه بحقوق تتعلق بجملته فاعتبر رضى السيد ليكون راضيا بتعلق الحق بملكه بخلاف مسئلتنا فان الحق له لا عليه فأما ان أذن له سيده فيه جاز الا عند من منع العبد التسري لانه كالقن في قولهم

(فصل) نقل محمد بن ماهان عن أحمد لا بأس للعبد أن يتسرى اذا أذن له سيده فان رجع السيد فليس له أن يرجع اذا أذن له مرة وتسرى وكذلك نقل عنه ابراهيم بن هانىء ويعقوب بن بختان ولم أر عنه خلاف هذا، فظاهر هذا انه اذا تسرى باذن السيد لم يملك السيد الرجوع لانه يملك به البضع فلم يملك سيده فسخه قياسا على النكاح

وقال القاضي يحتمل انه أراد بالتسري ههنا التزويج وسماه تسريا مجازاً ويكون للسيد الرجوع فيما ملك عبده. وظاهر كلام أحمد خلاف هذا، وذلك لانه ملكه بضعا أبيح له وطؤه فلم يملك رجوعه فيه كالو زوجه

كأذن المرأة أو عقد فجاز التوكيل فيه مطلقا كالبيع

(فصل) ولا يعتبر في الوكالة إذن المرأة في التوكيل سواء كان الموكل أبا أو غيره ولا يفتقر الى حضور شاهدين وقال بعض الشافعية لايجوز لغير المجبر التوكيل إلا بأذن المرأة وخرجه القاضي على الروايتين في توكيل الوكيل من غير إذن الموكل وحكي عن الحسن بن صالح أنه لايصح الا بحضرة شاهدين لانه يراد لحل الوطء فافتقر الى الشهادة كالنكاح

ولنا أنه إذن من الولي في التزويج فلم يفتقر الى إذن المرأة ولا إشهاد كاذن الحاكم وقد بينا أن الولي ليس بوكيل المرأة ولو كان وكيلها لتمكنت من عزله وهذا التوكيل لايملك به البضع فلم يفتقر الى إشهاد بخلاف النكاح ويبطل ما ذكره الحسن بن صالح بالتوكيل في شراء الاماء للتسري

(فصل) ويثبت للوكيل ما يثبت للموكل فان كان للولي الاجبار ثبت ذلك لوكيله وان كانت ولايته ولاية مراجعة احتاج الوكيل الى مراجعة المرأة لانه نائب فيثبت له مثل ما يثبت للمنوب عنه وكذلك الحكم في السلطان والحاكم يأذن لغيره في التزويج فيكون المأذون له قائما مقامه

(فصل) واختلفت الرواية عن احمد هل تستفاد ولاية النكاح بالوصية؟ فروي أنها تستفاد بها اختارها الخرقي وهذا قول الحسن وحماد بن أبي سليمان ومالك وروي عنه لاتستفاد بالوصية وبه قال الثوري والشعبي والنخعي والحارث العكلي وأبو حنيفة والشافعي وابن المنذر ولأنها ولاية تنتقل الى

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومتى طلق الحر أو العبد طلاقا يملك الرجعة أو لا يملك لم يكن له أن يتزوج اختها حتى تنقضي عدتها وكذلك إذا طلق واحدة من أربع لم يتزوج حتى تنقضي عدتها وكذلك العبد اذا طلق احدى زوجتيه)

وجملة ذلك ان الرجل اذا تزوج امرأة حرمت عليه أمها على التأبيد وتحرم عليه أختها وعمتها وخالتها وبنت أخيها وبنت أختها تحريم جمع وكذلك ان تزوج الحر أربعا حرمت الخامسة تحريم جمع وان تزوج العبد اثنين حرمت الثالثة تحريم جمع فاذا طلق زوجته طلاقا رجعيا فالتحريم باق بحاله في قولهم جميعا . وان كان الطلاق بائنا أو فسخا فكذلك عند امامنا حتى تنقضي عدتها ، وروي ذلك عن علي وابن عباس وزيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب ومجاهد والنخعي والثوري وأصحاب الراي وقال القاسم بن محمد وعروة وابن أبي ليلى ومالك والشافعي وأبو ثور وأبو عبيد وابن المنذر: له نكاح جميع من سمينا في تحريم الجمع وروي ذلك عن زيد بن ثابت لان المحرم الجمع بينهما في النكاح بدليل قوله تعالى (حرمت عليكم أمهاتكم) أي نكاحهن ثم قال (وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف) معطوفا عليه والبائن ليست في نكاحه ولأنها بائن فأشبهت المطلقة قبل الدخول

ولنا قول علي وابن عباس وروي عن عبيدة السلماني أنه قال ما أجمعت الصحابة على شيء كاجماعهم

غيره شرعاً فلم يجز ان يوصى بها كالحضانة ولانه لاضرر على الوصي في تضييعها ووضعها عند من لايكافئها فلا تثبت له الولاية كالاجنبي ولأنها ولاية نكاح فلم تجز الوصية بها كولاية الحاكم وقال أبو عبد الله بن حامد ان كان لها عصبة لم تجز الوصية بنكاحها لانه يسقط حقهم بوصيته وإن لم يكن عصبة جاز لعدم ذلك

ولنا أنها ولاية للاب فجازت وصيته بها كولاية المال وما ذكروه يبطل بولاية المال ولانه يجوز ان يستنيب فيها في حياته فيكون نائبه قائما مقامه فجاز ان يستنيب فيها بعد موته كولاية المال فعلى هذا تجوز الوصية بالنكاح من كل ذي ولاية سواء كان مجبراً كالاب أو غير مجبر كالاخ ووصي كل ولي يقوم مقامه فان كان الولي له الاجبار فكذلك لوصيه وان كان يحتاج الى إذنها فوصيه كذلك لانه قائم مقامه فهو كالوكيل وقال مالك ان عين الاب الزوج ملك اجبارها صغيرة كانت أو كبيرة وان لم يعين الزوج وكانت بنته كبيرة صحت الوصية فاعتبر اذنها وان كانت صغيرة انتظرنا بلوغها فاذا أذنت جاز ان يزوجها بأذنها

ولنا ان من ملك التزويج اذا عين له الزوج ملك مع الاطلاق كالوكيل ومتى زوج وصي الاب الصغيرة فبلغت فلا خيار لها لان الوصي قائم مقام الموصي فلم يثبت في تزويجه خيار كالوكيل

على أربع قبل الظهر وأن لاتنكح امرأة في عدة أختها وروي عن النبي ﷺ أنه قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمع ماءه في رحم أختين » وروي عن ابي الزناد قال كان للوليد بن عبدالملك أربع نسوة فطلق واحدة البتة وتزوج قبل أن تحل فعاب ذلك عليه كثير من الفقهاء وليس كلهم عابه قال سعيد بن منصور إذا عاب عليه سعيد بن المسيب فأي شيء بقي؟ ولأنها محبوسة عن النكاح لحقه أشبه ما لو كان الطلاق رجعيا ولأنها معتدة في حقه أشبهت الرجعية وفارق المطلقة قبل الدخول بها

(فصل) ولو أسلم زوج المجوسية أوالوثنية أوانفسخ النكاح بين الزوجين بخلع أو رضاع أو فسخ بعيب أو إعسار أوغيره لم يكن له أن يتزوج أحداً ممن يحرم الجمع بينه وبين زوجته حتى تنقضي عدتها سواء قلنا بتعجيل الفرقة أو لم نقل وان أسلمت زوجته فتزوج أختها في عدتها ثم أسلما في عدة الاولى اختار منهما واحدة كما لو تزوجهما معا وان اسلم بعد انقضاء عدة الاولى بانت وثبت نكاح الثانية

(فصل) إذا أعتق أم الولد أو أمة كان يصيبها فليس له أن يتزوج أختها حتى ينقضي استبراؤها نص عليه أحمد في أم الولد وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن يجوز لانها ليست زوجة ولا في عدة من نكاح ولنا أنها معتدة منه فلم يجز له نكاح أختها كالمعتدة من نكاح أو وطء بشبهة ولانه لا يأمن أن يكون ماؤه في رحمها فيكون داخلا في عموم من جمع ماءه في رحم أختين ولا يمنع من نكاح أربع سواها

(فصل) ومن لم تثبت له الولاية لايصح توكيله لان وكيله قائم مقامه فان وكله الولي في تزويج موليته لم يصح لانها ولاية ليس هو من أهلها ولانه لما لم يملك تزويج مناسبته بولاية النسب فلان لا يملك مناسبة غيره بالتوكيل أولى ويحتمل أن يصح توكيل العبد والفاسق والصبي المميز في العقد لانهم من أهل اللفظ به وعباراتهم فيه صحيحة ولذلك صح قبولهم النكاح لانفسهم وانما سلبوا الولاية لانه يعتبر لها الكمال ولا حاجة اليه في اللفظ وان وكله الزوج في قبول النكاح صح وكذلك أن وكله الأب في قبول النكاح لابنه الصغير لانه يصح قبولهم لانفسهم فجاز ان ينوبوا فيه عن غيرهم كالبيع وقال بعض أصحابنا لايصح لانه أحد طرفي العقد أشبه الايجاب والاول أولى

﴿ مسئلة ﴾ (واذا استوى الاولياء في الدرجة كالاخوة والاعمام وبنيهم صح التزويج من كل واحد منهم لان سبب الولاية موجود في واحد منهم)

﴿ مسئلة ﴾ (والاولى تقديم أكبرهم وافضلهم)

لان النبي ﷺ لما تقدم محيصة وحويصة وعبد الرحمن بن سهل فتكلم عبد الرحمن بن سهل وكان أصغرهم فقال النبي صلى الله عليه وسلم « كبر كبر » اي قدم الاكبر فتكلم حويصة ولانه أحوط للعقد في اجتماع شروطه والنظر في الحظ فان تشاحوا اقرع بينهم لانهم تساووا في الحق وتعذر الجمع فيقرع

ومنعه زفر وهو غلط لان ذلك جائز قبل اعتاقها فبعده أولى

(فصل) ولا يمنع من نكاح أمة في عدة حرة بائن ومنعه أبو حنيفة كما يحرم عليه أن يتزوجها في صلب نكاحها .

ولنا أنه عادم الطول خائف العنت فأبيح له نكاحها لقوله تعالى(ومن لم يستطع منكم طولا) الآية ولا نسلم أنه لا يجوز في صلب نكاح الحرة بل يجوز إذا تحقق الشرطان

(فصل) وان زنا بامرأة فليس له أن يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وحكم العدة من الزنا والعدة من وطء الشبهة كحكم العدة من النكاح فان زنا باخت امرأته فقال أحمد يمسك عن وطء امرأته حتى تحيض ثلاث حيض وقد ذكر عنه في المزني بها أنها تستبرىء بحيضة لانه وطء من غير نكاح ولا أحكامه أحكام النكاح ويحتمل أن لا تحرم بذلك أختها ولا أربع سواها لانها ليست منكوحة ومجرد الوطء لا يمنع بدليل الوطء في ملك اليمين لا يمنع أربعاً سواها

(فصل) واذا ادعى الزوج أن امرأته أخبرته بانقضاء عدتها في مدة يجوز انقضاؤها فيها وكذبته أبيح له نكاح أختها واربع سواها في الظاهر فأما في الباطن فيبنى على صدقه في ذلك لانه حق فيما بينه وبين الله تعالى فيقبل قوله فيه ولا يصدق في نفي نفقتها وسكناها ونفي النسب لانه حق لها ولولدها فلا يقبل قوله فيه وبه قال الشافعي وغيره وقال زفر لا يصدق في شيء لانه قول

بينهم كالمرأس وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا أراد سفراً أقرع بين نسائه لتساوي حقوقهن كذا هذا

﴿مسئلة﴾ (فان سبق غير من وقعت له القرعة فزوج صح تزويجه في أقوى الوجهين اذا زوج كفؤا باذن المرأة)

لانه تزويج صدر من ولي كامل الولاية باذن موليته فصح كما لو انفرد وإنما القرعة لازالة المشاحنة وفيه وجه اخر انه لا يصح ذكره أبو الخطاب فلم يصح تزويجه كالابعد مع الاقرب

﴿مسئلة﴾ (واذا زوج الوليان اثنين ولم يعلم السابق منهما فسخ النكاحان)

وجملة ذلك ان المرأة إذا كان لها وليان فاذنت لكل واحد منهما في تزويجها جاز سواء أذنت في رجل معين أو مطلقا فاذا زوجها الوليان لرجلين وعلم السابق منهما فالنكاح له سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل وهذا قول الحسن والزهري وقتادة وابن سيرين والاوزاعي والثوري والشافعي وأبي عبيد وأصحاب الرأي وبه قال عطاء ومالك مالم يدخل بها الثاني فان دخل بها الثاني صار أولى لقول عمر رضي الله عنه اذا أنكح الوليان فالاول أحق مالم يدخل بها الثاني فان دخل بها الثاني صار أولى ولان الثاني اتصل بعقده القبض فكان أحق

ولنا ماروي سمرة وعقبة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال أيما امرأة زوجها وليان فهي للاول

واحد لا يصدق في بعض حكمه فلا يصدق في البعض الآخر قياسا لاحدها على الآخر وذلك لانه لا يمكن أن يكون القول الواحد صدقا كذبا

ولنا انه قول يتضمن إبطال حق لغيره وحقاً له لاضرر على غيره فيه فوجب أن يصدق في أحدهما دون الآخر كما لو اشترى عبداً ثم أقر أن البائع كان أعتقه صدق في حريته ولم يصدق في الرجوع بثمنه وكما لو أقر أن امرأته أخته من الرضاع قبل الدخول صدق في بينونتها وتحريمها عليه ولم يصدق في سقوط مهرها .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن خطب امرأة فزوج بغيرها لم ينعقد النكاح)

معنى ذلك أن يخطب الرجل امرأة بعينها فيجاب الى ذلك ثم يوجب له النكاح في غيرها وهو يعتقد أنها التي خطبها فيقبل فلا ينعقد النكاح لان القبول انصرف الى غير من وجد الايجاب فيه فلم يصح كما لو ساومه بثوب وأوجب العقد في غيره بغير علم المشتري فلو علم الحال بعد ذلك فرضي لم يصح ، قال احمد في رجل خطب جارية فزوجوه أختها ثم علم بعد يفرق بينهما ويكون الصداق على وليها لانه غره ويجهز اليه أختها التي خطبها بالصداق الاول فان كانت تلك قد ولدت منه يلحق به الولد وقوله يجهز اليه أختها يعني والله أعلم بعقد جديد بعد انقضاء عدة هذه إن كان أصابها لان العقد الذي

أخرج حديث سمرة أبو داود والترمذي وأخرجه النسائي عنه وعن عقبة وروي نحو ذلك عن علي وشريح ولان الثاني تزوج امرأة في عصمة زوج فكان باطلا كما لو علم الحال ولانه نكاح باطل لو عري عن الدخول فكان باطلا وإن دخل كنكاح المعتدة وأما حديث عمر فلم يصححه أصحاب الحديث وقد خالفه قول علي وجاء على خلاف قول النبي صلى الله عليه وسلم وما ذكروه من القبض لامعنى له فان النكاح يصح بغير قبض مع أنه لاأصل له فيقاس عليه ثم يبطل كسائر الانكحة الفاسدة

(فصل) فان دخل بها الثاني وهو لايعلم أنها ذات زوج فرق بينهما وكان لها عليه مهر مثلها ولم يصبها زوجها حتى تحيض ثلاث حيض بعد وطئها من الثاني فأما ان علم الحال قبل وطء الثاني لها فانها تدفع الى الاول ولاشيء على الثاني لان عقده عقد باطل لايوجب شيئاً فان وطئها الثاني وهو لايعلم فهو وطء بشبهة يجب لها به المهر وترد الى الاول ولا يحل له وطؤها حتى تنقضي عدتها وهو قول قتادة والشافعي وابن المنذر قال أحمد لها صداق بالمسيس وصداق من هذا ولا ترد الصداق الذي يوجد من الداخل بها على من دفعت اليه لان الصداق في مقابلة الاستمتاع فكان لها دون زوجها كما لو وطئت بشبهة أومكرهة ولايحتاج النكاح الثاني الى فسخ لانه باطل ولا يجب لها المهر الا بالوطء دون مجرد الدخول والوطء دون الفرج لانه نكاح باطل لاحكم له ويجب مهر المثل لانه يجب بالاصابة لابالتسمية وذكر أبو بكر أن الواجب المسمى قال القاضي هو قياس المذهب والاول هو الصحيح لما قلنا

عقده لم يصح في واحدة منها لان الايجاب صدر في احداهما والقبول في أخرى فلم ينعقد في هذه ولا في تلك فان اتفقوا على تجديد عقد في احداهما أيتهما كان جاز،

وقال أحمد في رجل تزوج امرأة فأدخلت عليه أختها لها المهر بما أصاب منها ولاختها المهر قيل يلزمه مهران؟ قال نعم ويرجع على وليها هذه مثل التي بها برص أو جذام علي يقول ليس عليه غرم وهذا ينبغي أن يكون في امرأة جاهلة بالحال أو بالتحريم، أما اذا علمت أنها ليست زوجة وأنها محرمة عليه وأمكنته من نفسها فلا ينبغي أن يجب لها صداق لانها زانية تطاوعه، فأما إن جهلت الحال فلها المهر ويرجع به على من غره. وروي عن علي رضي الله عنه في رجلين تزوجا امرأتين فزفت كل امرأة إلى زوج الاخرى لهما الصداق ويعتزل كل واحد منهما امرأته حتى تنقضي عدتها وبه قال النخعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي

(فصل) من شرط صحة النكاح تعيين الزوجين لان كل عاقد ومعقود عليه يجب تعيينهما كالمشتري والمبيع ثم ينظر فان كانت المرأة حاضرة فقال زوجتك هذه صح فان الاشارة تكفي في التعيين، فان زاد على ذلك فقال بنتي هذه أو هذه فلانة كان تأكيداً وإن كانت غائبة فقال زوجتك بنتي وليس له سواها جاز فان سماها باسمها مع ذلك كان تأكيداً فان كان له ابنتان أو أكثر فقال زوجتك ابنتي لم يصح حتى يضم الى ذلك ماتتميز به من اسم أو صفة فيقول زوجتك ابنتي الكبرى أو الوسطى

﴿مسألة﴾ (فان جهل الاول منهما فسخ النكاحان)

ولا فرق بين أن لا يعلم كيفية وقوعهما أو يعلم أن احدهما قبل الآخر لا بعينه أو يعلمه بعينه ثم يشكل والحكم في جميعها واحد وهو أن يفسخ الحاكم النكاحين جميعا نص عليه أحمد في رواية الجماعة ثم يتزوج من شاء منهما أو من غيرهما وعن أحمد رواية أخرى أنه يقرع بينهما فمن وقعت له القرعة أمر صاحبه بالطلاق ثم يجدد القارع نكاحه لانه ان كانت زوجته لم يضره تجديد النكاح وان كانت زوجة الآخر بانت بالطلاق وصارت زوجة هذا بعقده الثاني لان القرعة تدخل لتمييز الحقوق عند التساوي كالسفر باحدى نسائه والبداية بالمبيت عند احداهن وتعيين الانصباء في القسمة وقال الثوري وأبو ثور يجبرهما السلطان على أن يطلق كل واحد منهما طلقة فان أبيا فرق بينهما وهو قريب من القول الاول لانه تعذر امضاء العقد الصحيح فوجب ازالة الضرر بالتفريق، وقال الشافعي وابن المنذر النكاح مفسوخ لانه تعذر امضاؤه ولا يصح هذا فان العقد الصحيح لا يبطل بمجرد اشكاله كما لو اختلف المتبايعان في قدر الثمن فان العقد لا يزول الا بفسخه كذا ههنا، وروي عن شريح وعمر بن عبد العزيز وحماد بن أبي سليمان أنها تخير فأيهما اختارته فهو زوجها وهذا فاسد فان أحدهما ليس بزوج لها فلم تخير بينهما كما لو لم يعقد الا أحدهما أو كما لو أشكل على الرجل امرأته في النساء أو على المرأة زوجها إلا أن يريدوا بقولهم إنها إذا اختارت أحدهما فرق بينها وبين الآخر ثم عقد المختار نكاحها فهذا حسن فانه

أو الصغرى فان سماها مع ذلك كان تأكيداً ، وإن قال زوجتك ابنتي عائشة أو فاطمة صح ، ولو كانت له ابنة واحدة اسمها فاطمة فقال زوجتك فاطمة لم يصح لان هذا الاسم مشترك بينها وبين سائر الفواطم حتى يقول مع ذلك ابنتي

وقال بعض الشافعية يصح اذا نوياها جميعاً وليس بصحيح لان النكاح تعتبر فيه الشهادة على وجه يمكن اداؤها اذا ثبت به العقد وهذا متعذر في النيـة فلذلك لو قال زوجتك ابنتي وله بنات لم يصح حتى يميزها بلفظه ، وإن قال زوجتك فاطمة ابنـة فلان احتاج أن يرفع في نسبها حتى يبلغ ماتتميز به عن النساء

(فصل) فان كان له ابنتان كبرى اسمها عائشة وصغرى اسمها فاطمة فقال زوجتك ابنتي عائشة وقبل الزوج ذلك وهما ينويان الصغرى لم يصح ذكره أبو حفص ، وقال القاضي يصح في التي نوياها وهذا غير صحيح لوجهين :

(أحدهما) أنهما لم يتلفظا بما يصح العقد بالشهادة عليه فأشبه مالو قال زوجتك عائشة فقط أو ما لو قال زوجتك ابنتي ولم يسمها ، واذا لم يصح فيما اذا لم يسمها ففيما اذا سماها بغـير اسمها أولى أن لا يصح .

(والثاني) أنه لا يصح النكاح حتى تذكر المرأة بما تتميز به ولم يوجـد ذلك فان اسم أختها

فانه يستغني بالتفريق بينهما وبين أحدهما عن التفريق بينها وبينهما جميعاً ويفسخ أحد النكاحين عن فسخهما فان أبت ان تختار لم تجبر وكذلك ينبغي إذا قرع بينهما فوقعت القرعة لاحدهما لم تجبر على نكاحه لانه لا يعلم فيتعين إذا فسخ النكاحين ولها ان تتزوج من شاءت منهما أومن غيرهما في الحال ان كان قبل الدخول وبعد انقضاء العدة ان كان دخل بها احدهما

(فصل) فان ادعى كل واحد منهما أنه السابق بالعقد ولا بينة لهما لم يقبل قولهما فان أقرت المرأة لأحدهما لم يقبل اقرارها نص عليه أحمد ، وقال أصحاب الشافعي يقبل كما لو أقرت ابتداء .

ولنا أن الخصم الزوج الآخر في ذلك فلم يقبل في ابطال حقه كما لو أقرت عليه بطلاق فان ادعى الزوجان على المرأة أنها تعلم السابق منهما فأنكرت لم تستحلف لذلك وقال أصحاب الشافعي تستحلف بناء منهم على أن اقرارها مقبول فان فرق بينهما وبين أحدهما لاختيارها لصاحبه أو لوقوع القرعة له وأقرت له أن عقده سابق فينبغي ان يقبل اقرارها لانهما اتفقا على ذلك من غير خصم منازع فأشبه ما لو لم يكن صاحب عقد آخر

(فصل) وان علم أن العقدين وقعا لم يسبق أحدهما الآخر فهما باطلان لاحاجة إلى فسخهما لانهما باطلان من أصلهما ولا مهر لها على واحد منهما ولا ميراث لها منهما ولا يرثها واحد منهما لذلك وان لم يعلم

لا يميزها بل يصرف العقد عنها، وإن كان الولي يريد الكبرى والزوج يقصد الصغرى لم يصح كمسئلة الخرقي فيما اذا خطب امرأة وزوج غيرها لان القبول انصرف الى غير من وجد الايجاب فيه ويحتمل أن يصح اذا لم يتقدم ذلك مايصرف القبول الى الصغرى من خطبة ونحوها فان العقد بلفظه متناول للكبرى ولم يوجد ما يصرفه عنها فصح كالو نوياها ولو نوى الولي الصغرى والزوج الكبرى أو نوى الولي الكبرى ولم يدر الزوج أيتهما هي فعلى الاول لا يصح التزويج لعدم النية منهما في التي يتناولها لفظها وعلى الاحتمال الذي ذكرناه يصح في المعينة باللفظ لما ذكرناه

(فصل) فان كان له ابنة واحدة فقال لرجل زوجتك ابنتي وسماها بغير اسمها فقال القاضي يصح وهو قول أصحاب الشافعي لان قوله بنتي آكد من التسمية لانها لا مشاركة فيها والاسم مشترك ولو قال زوجتك هذه وأشار اليها وسماها بغير اسمها يجب أن يصح على هذا التعليل

(فصل) ولو قال زوجتك حمل هذه المرأة لم يصح لانه لم يثبت له حكم البنات قبل الظهور في غير الارث والوصية ولانه لم يتحقق أن في البطن بنتاً فأشبه مالو قال زوجتك من في هذه الدار وهما لا يعلمان مافيها ولو قال اذا ولدت امرأتي بنتاً زوجتكها لم يصح لانه تعليق للنكاح على شرط والنكاح لا يتعلق على شرط ولان هذا مجرد وعد لا ينعقد به عقد

ذلك فسخ نكاحهما فروي عن أحمد أنه يجب لها نصف المهر ويقترعان عليه لان عقد أحدهما صحيح وقد انفسخ بنكاحه قبل الدخول فوجب عليه نصف مهرها كما لو خالعها وقال أبو بكر لا مهر لها لانهما مجبران على الصداق فلم يلزمهما مهر كما لو فسخ الحاكم نكاح رجل لعسرته أوغيبته وان ماتت قبل الفسخ أو الطلاق فلاحدهما نصف ميراثها فيوقف الامر حتى يصطلحا عليه وقيل يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف انه المستحق وورث وان مات الزوجان فلها ربع ميراث أحدهما فان كانت قد أقرت أن احدهما سابق بالعقد فلا ميراث لها من الآخر وهي تدعي ميراث من أقرت له فان كان احدهما قد ادعى ذلك ايضاً دفع اليها ربع ميراثه وان لم يكن ادعى ذلك وأنكر الورثة فالقول قولهم مع ايمانهم فان نكلوا قضي عليهم وان لم تكن المرأة أقرت بسبق احدهما احتمل ان يحلف ورثة كل واحد منهما واحتمل ان يقرع بينهما فمن خرجت فلها ربع ميراثه وقد روى حنبل عن أحمد أنه سئل عن رجل له ثلاث بنات زوج إحداهن من رجل ثم مات الاب ولم يعلم أيتهن زوج يقرع بينهن فأيتهن أصابتها القرعة فهي زوجته وان مات الزوج فهي التي ترثه

(فصل) فان ادعى كل واحد منهما أنه السابق فأقرت لاحدهما ثم فرق بينهما وقلنا بوجوب المهر وجب على المقر له دون صاحبه لاقراره لها به واقرارها ببراءة صاحبه وان ماتا ورث المقر له دون صاحبه لذلك وان ماتت هي قبلها احتمل ان يرثها المقر له كما ترثه واحتمل ان لا يقبل اقرارها له كما لم يقبله في نفسها وإن لم تقر لاحدهما الا بعد موته فهو كما لو أقرت في حياته وليس لورثة

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا تزوجها وشرط لها ان لا يخرجها من دارها و بلدها فلها شرطها لما روي عن النبي ﷺ انه قال « احق ما أوفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج » وان تزوجها وشرط لها ان لا يتزوج عليها فلها فراقه اذا تزوج عليها)

وجملة ذلك أن الشروط في النكاح تنقسم أقساما ثلاثة (أحدها)ما يلزم الوفاء به وهو ما يعود اليها نفعه وفائدته مثل أن يشترط لها أن لا يخرجها من دارها أو بلدها أولا يسافر بها أولا يتزوج عليها ولا يتسرى عليها فهذا يلزمه الوفاء لها به فان لم يفعل فلها فسخ النكاح يروى هذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وسعد بن أبي وقاص ومعاوية وعمرو بن العاص رضي الله عنهم و به قال شريح وعمر ابن عبدالعزيز وجابر بن زيد وطاوس والاوزاعي واسحاق ، وأبطل هذه الشروط الزهري وقتادة وهشام بن عروة ومالك والليث والثوري والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي قال ابو حنيفة والشافعي ويفسد المهر دون العقد ولها مهر المثل واحتجوا بقول النبي ﷺ « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط » وهذا ليس في كتاب الله لان الشرع لا يقتضيه وقال النبي ﷺ « المسلمون على شروطهم الا شرطاً أحل حراما أو حرم حلالا » وهذا يحرم الحلال وهو التزويج والتسري والسفر ولان هذا شرط ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه ولم يبن على التغليب والسراية فكان فاسداً كما لو شرطت أن لا تسلم نفسها

ولنا قول النبي ﷺ « ان أحق ما وفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج » رواه سعيد وفي

واحد منهما الانكار لاستحقاقها لان موروثه قد أقر لها بدعوى صحة نكاحها وسبقه بالعقد عليها وان لم تقر لواحد منهما أقرع بينهما وكان لها ميراث من تقع القرعة عليه وان كان أحدهما قد أصابها وكان هو المقر له أو كانت لم تقر لواحد منهما فلها المسمى لانه مقر لها به وهي لا تدعي سواه ، وان كانت مقرة للآخر فهي تدعي مهر المثل وهو يقر لها بالمسمى . فان استويا أو اصطلحا فلا كلام ، وان كان مهر المثل أكثر حلف على الزائد وسقط وان كان المسمى لها أكثر فهو مقر لها بالزيادة وهي تنكرها فلا تستحقها

﴿مسألة﴾ (واذا زوج السيد عبده الصغير من أمته جاز أن يتولى طرفي العقد لانه ملك بحكم الملك لا بحكم الاذن فى قولهم جميعاً

فان كان مالكا لاحد طرفي العقد فوكله ملك الطرف الآخر فيه أووكله المولي في الايجاب والزوج في القبول خرج فيه وجهان بناء على الروايتين اللتين نذكرهما في المسئلة التي تليها لانه ملك ذلك بالاذن وان زوج ابنته الكبيرة عبده الصغير لم يجز ذلك إلا برضاها لانه يكافئها ويخرج فيه أيضا وجهان وان زوجه ابنته الصغيرة لم يجز لانه لا يجوز له تزويجها ممن لا يكافئها وعنه يجوز

فان أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج » متفق عليه وأيضاً قول النبي ﷺ المسلمون على شروطهم ولانه قول من سمينا من الصحابة ولا نعلم لهم مخالفاً في عصرهم فكان اجماعا وروى الاثرم باسناده أن رجلا تزوج امرأة وشرط لها دارها ثم أراد نقلها فخاصموه الى عمر فقال لها شرطها فقال الرجل اذا تطلقننا فقال عمر: مقاطع الحقوق عند الشروط ولانه شرط لها فيه منفعة ومقصود لا يمنع المقصود من النكاح فكان لازما كما لو شرطت عليه زيادة في المهر أو غير نقد البلد وقوله عليه السلام «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» أي ليس في حكم الله وشرعه وهذا مشروع، وقد ذكرنا مادل على مشروعيته على أن الخلاف في مشروعيته وعلى من نفى ذلك الدليل، وقولهم ان هذا يحرم الحلال قلنا لا يحرم حلالا وإنما يثبت للمرأة خيار الفسخ إن لم يف لها، وقولهم ليس من مصلحته قلنا لا نسلم ذلك فانه من مصلحة المرأة وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقده كاشتراط الرهن والضمين في البيع ثم يبطل بالزيادة على مهر المثل وشرط غير نقد البلد

اذا ثبت انه شرط لازم فلم يف لها به فلها الفسخ ولهذا قال الذي قضى عليه عمر بلزوم الشرط اذ تطلقننا فلم يلتفت عمر الى ذلك وقال مقاطع الحقوق عند الشروط ولانه شرط لازم في عقد فيثبت حق الفسخ بترك الوفاء به كالرهن والضمين في البيع

(فصل) فان شرطت عليه أن يطلق ضرتها لم يصح الشرط لما روى أبو هريرة قال نهى النبي ﷺ أن تشترط المرأة طلاق أختها وفي لفظ ان النبي ﷺ قال «لا تسأل المرأة طلاق أختها لتنكح

(مسألة) (وكذلك ولي المرأة مثل ابن العم والمولى والحاكم إذا أذنت له في تزوجها وعنه لا يجوز حتى توكل في أحد الطرفين)

وجملة ذلك أن ولي المرأة التي يحل له نكاحها إذا أذنت له أن يتزوجها فله ذلك وهل له أن يلي طرفي العقد بنفسه ؟ فيه روايتان (إحداهما) له ذلك وهو قول الحسن وابن سيرين وربيعة ومالك والثوري وأبي حنيفة واسحاق وأبي ثور وابن المنذر لما روى البخاري قال: قال عبد الرحمن بن عوف لام حكيم امرأة قارض أتجعلين أمرك إلي؟ قالت نعم قال قد تزوجتك لانه يملك الايجاب والقبول فجاز أن يتولاهما كما لو زوج أمته عبده الصغير ولانه عقد وجد فيه الايجاب من ولي ثابت الولاية والقبول من زوج هو أهل للقبول فصح كما لو وجدا من رجلين ، وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم أعتق صفية وجعل عتقها صداقها ،فان قيل فقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « كل نكاح لا يحضره أربعة فهو سفاح: زوج وولي وشاهدان» قلنا هذا لا تعرف صحته ولو صح كان مخصوصا بما اذا زوج السيد عبده الصغير أمته فيتعدى التخصيص إلى محل النزاع وهو يفتقر إلى ذكر الايجاب والقبول ،وهل يكتفي بمجرد

والنهي يقتضي فساد المنهي عنه ولانها شرطت عليه فسخ عقده وإبطال حقه وحق امرأته فلم يصح كما لو شرطت عليه فسخ بيعه. وقال أبو الخطاب هو شرط لازم لانه لا ينافي العقد ولها فيه فائدة فأشبه مالو شرطت عليه أن لا يتزوج عليها ولم أر هذا لغيره ، وقد ذكرنا ما يدل على فساده ، وعلى قياس هذا لو شرطت عليه بيع أمته

(القسم الثاني) ما يبطل الشرط ويصح العقد مثل أن يشترط أن لا مهر لها أو أن لا ينفق عليها أو ان أصدقها رجع عليها، أو تشترط عليه أن لا يطأها أو يعزل عنها او يقسم لها أقل من قسم صاحبتها أو أكثر أو لا يكون عندها في الجمعة إلا ليلة أو شرط لها النهار دون الليل أو شرط على المرأة أن تنفق عليه او تعطيه شيئا ، فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها لأنها تنافي مقتضى العقد ، ولأنها تتضمن اسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلم يصح كما لو أسقط الشفيع شفعته قبل البيع ، فأما العقد في نفسه فصحيح لان هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به فلم يبطل كما لو شرط في العقد صداقا محرما ، ولان النكاح يصح مع الجهل بالعوض فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد كالعتاق فقد نص أحمد في رجل تزوج امرأة وشرط عليها أن يبيت عندها في كل جمعة ليلة ثم رجعت وقالت لا أرضى إلا ليلة وليلة فقال : لها أن تنزل بطيب نفس منها فان ذلك جائز وان قالت لا ارضى الا بالمقاسمة كان ذلك حقا لها تطالبه ان شاءت

ونقل عنه الاثرم في الرجل يتزوج المرأة ويشترط عليها أن يأتيها في الايام يجوز الشرط فان شاءت رجعت . وقال في الرجل يتزوج المرأة على أن تنفق عليه في كل شهر خمسة دراهم أو عشرة دراهم :

الايجاب ؟ فيه وجهان (أحدهما) يحتاج أن يقول زوجت نفسي فلانة وقبلت هذا النكاح لان ما افتقر إلى الايجاب افتقر الى القبول كسائر العقود (والثاني) يكفيه ان يقول زوجت نفسي فلانة أو تزوجت فلانة وهو قول مالك وأبي حنيفة لحديث عبد الرحمن بن عوف، ولان ايجابه يتضمن القبول فاشبه إذا تقدم الاستدعاء ولهذا قلنا اذا قال لامته أعتقتك وجعلت عتقك صداقك انعقد النكاح بمجرد هذا القول (والرواية الثانية) لا يجوز ان يتولى طرفي العقد ولكن يوكل رجلا يزوجه إياها باذنها ذكرها الخرقي قال أحمد في رواية ابن منصور لا يزوج نفسه حتى يولي رجلا على حديث المغيرة بن شعبة وهو ماروى أبو داود باسناده عن عبد الملك بن عمير ان المغيرة بن شعبة أمر رجلا يزوجه امرأة المغيرة أولى بها منه ولانه عقد ملكه بالاذن فلم يجز أن يتولى طرفيه كالبيع ولهذا فارق ما إذا زوج أمته عبده الصغير وعلى هذه الرواية لو وكل من يقبل النكاح له وتولى هو الايجاب جاز وقال الشافعي في ابن العم والمولى لا يزوجها الا الحاكم ولا يجوز أن يتولى طرفي العقد ولا أن يوكل من يزوجه لان وكيله بمنزلته وهذا عقد ملكه بالاذن فلا يتولى طرفيه كالبيع ولا يجوز أن يزوجه من هو أبعد منه من أوليائها لانه لا ولاية لهم مع وجوده

ولنا ما ذكرنا من فعل الصحابة ولم يظهر خلافه ولان وكيله يجوز أن يلي العقد عليها لغيره

النكاح جائز ولها أن ترجع في هذا الشرط . وقد نقل عن أحمد كلام في بعض هذه الشروط يحتمل إبطال العقد نقل عنه المروذي في النهاريات والليليات : ليس هذا من نكاح أهل الاسلام ، وممن كره تزويج النهاريات حماد بن أبي سليمان وابن شبرمة

وقال الثوري : الشرط باطل وقال أصحاب الرأي إذا سألته أن يعدل لها عدل ، وكان الحسن وعطاء لا يريان بنكاح النهاريات بأسا . وكان الحسن لا يرى بأسا أن يتزوجها على أن يجعل لها في الشهر أياما معلومة ، ولعل كراهة من كره ذلك راجع إلى إبطال الشرط وإجازة من أجازه راجع إلى أصل النكاح فتكون أقوالهم متفقة على صحة النكاح وإبطال الشرط كما قلنا والله أعلم

وقال القاضي انما كره أحمد هذا النكاح لانه يقع على وجه السر ونكاح السر منهي عنه فان شرط عليه ترك الوطء احتمل أن يفسد العقد لانه شرط ينافي المقصود من النكاح وهذا مذهب الشافعي وكذلك ان شرط عليه أن لا تسلم اليه فهو بمنزلة مالو اشترى شيئا على أن لا يقبضه . وان شرط عليها أن لا يطأها لم يفسد لان الوطء حقه عليها وهي لا تملكه عليه ويحتمل أن يفسد لان لها فيه حقا ولذلك تملك مطالبته به اذا آلى والفسخ إذا تعذر بالجب والعنة

(القسم الثالث) ما يبطل النكاح من أصله مثل أن يشترطا تأقيت النكاح وهو نكاح المتعة او أن يطلقها في وقت بعينه أو يعلقه على شرط مثل أن يقول زوجتك إن رضيت أمها أو فلان أو يشترط الخيار في النكاح لهما أو لاحدهما فهذه شروط باطلة في نفسها ويبطل بها النكاح وكذلك إن جعل صداقها تزويج امرأة أخرى وهو نكاح الشغار ونذكر ذلك في مواضعه إن شاء الله تعالى

فصح أن يليه عليها له اذا كانت تحل له كالامام إذا أراد أن يتزوج موليته ولان هذه امرأة لها ولي حاضر غير عاضل فلم يليه الحاكم كما لو أراد أن يزوجها غيره ، ومفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « السلطان ولي من لا ولي له » أنه لا ولاية له على هذه والبيع ممنوع فان الوكيل يجوز أن يشتري ما وكل في بيعه باذن الموكل

(فصل) فأما إن أذنت له في تزويجها ولم تعين الزوج لم يجز أن يزوجها نفسه لان اطلاق الاذن يقتضي تزويجها غيره ويجوز تزويجها لولده لانه غيره فان زوجها لابنه الكبير قبل لنفسه وان زوجها لابنه الصغير ففيه الروايتان في تولي طرفي العقد فان قلنا لا يتولاه فوكل رجلا يزوجها لولده وقبل هو النكاح له افتقر الى اذنها للوكيل على ما قدمنا في أن الوكيل لا يزوجها الا باذنها وان وكل رجلا يقبل النكاح لولده وأوجب هو النكاح لم يحتج الى اذنها لانها قد أذنت له

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال السيد لامته أعتقتك وجعلت عتقك صداقك صح فان طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها وكذلك ان قال جعلت عتق أمتي صداقها)

ظاهر المذهب أن الرجل إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها فهو نكاح صحيح نص عليه أحمد في رواية جماعة روي ذلك عن علي رضي الله عنه وفعله أنس بن مالك وبه قال سعيد بن المسيب وأبو

وذكر ابن الخطاب فيما إذا شرط الخيار ان رضيت أمها أو ان جاءها بالمهر في وقت كذا وإلا فلا نكاح بينهما روايتين (احداهما) النكاح صحيح والشرط باطل وبه قال ابوثور فيما اذا شرط الخيار، وحكاه عن أبي حنيفة وزعم أنه لاخلاف فيها؛ وقال ابن المنذر قال احمد واسحاق اذا تزوجها على أنه ان جاء بالمهر في وقت كذا وكذا وإلا فلا نكاح بينهما الشرط باطل والعقد جائز وهو قول عطاء والثوري وأبي حنيفة والاوزاعي وروي ذلك عن الزهري، وروى ابن منصور عن أحمد في هذا أن العقد والشرط جائزان لقوله عليه السلام «المسلمون على شروطهم»

(والرواية الاخرى) يبطل العقد من أصله في هذا كله لان النكاح لايكون إلا لازما وهذا يوجب جوازه، ولانه اذا قال ان رضيت أمها أوإن جئتني في وقت كذا فقد وقف النكاح على شرط ولا يجوز وقفه على شرط وهذا قول الشافعي ونحوه عن مالك وأبي عبيد

(فصل) وإن شرط الخيار في الصداق خاصة لم يفسد النكاح لان النكاح ينفرد عن ذكر الصداق ولو كان الصداق حراما أو فاسداً لم يفسد النكاح فلأن لا يفسد بشرط الخيار فيه أولى ويخالف البيع فانه اذا فسد أحد العوضين فيه فسد الآخر. فاذا ثبت هذا ففي الصداق ثلاثة أوجه

(أحدها) يصح الصداق ويبطل شرط الخيار كما يفسد الشرط في النكاح ويصح النكاح (والثاني) يصح ويثبت الخيار فيه لان عقد الصداق عقد منفرد يجري مجرى الأثمان فثبت فيه الخيار كالبياعات (والثالث) يبطل الصداق لانها لم ترض به فلم يلزمها كما لو لم يوافقه على شيء

سلمة بن عبد الرحمن والحسن والزهري واسحاق

(فصل) وعنه لا يصح حتى يستأنف نكاحها باذنها فان أبت فعليها قيمتها قال الاوزاعي يلزمها أن تتزوجه وروى المروذي عن أحمد إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها يوكل رجلا يزوجه، فظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة النكاح قال أبو الخطاب هي الصحيحة واختارها القاضي وابن عقيل وهو قول أبي حنيفة والشافعي ومالك لانه لم يوجد ايجاب وقبول فلم يصح لعدم أركانه كما لو قال أعتقتك وسكت ولانها بالعتق تملك نفسها فيجب أن يعتبر رضاها كما لو فصل بينهما ولان العتق يزيل ملكه عن الاستمتاع بحكم الملك فلا يجوز أن يستبيح الوطء بنفس المسمى فانه لو قال بعتك هذه الامة على أن تزوجنيها بالثمن لم يصح

ولنا ما روى أنس أن رسول الله ﷺ أعتق صفية وجعل عتقها صداقها متفق عليه وفي لفظ أعتقها وتزوجها فقلت ياأبا حمزة وما أصدقها؟ قال نفسها عتقها وروى الاثرم باسناده عن صفية قالت أعتقني رسول الله ﷺ وجعل عتقي صداقي وباسناده عن علي رضي الله عنه أنه كان يقول إذا أعتق الرجل أم ولده فجعل عتقها صداقها فلا بأس بذلك. ومتى ثبت العتق صداقا ثبت النكاح لان الصداق لا يتقدم النكاح ولو تأخر العتق عن النكاح لم يجز فدل على أنه انعقد بهذا اللفظ ولا نه لم ينقل عن النبي ﷺ أنه استأنف عقدا ولو استأنفه لظهر ونقل كما نقل غيره ولان من جاز له تزويج امرأة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن أراد أن يتزوج امرأة فله أن ينظر اليها من غير أن يخلو بها)

لا نعلم بين أهل العلم خلافا في إباحة النظر الى المرأة لمن أراد نكاحها وقد روى جابر قال : قال رسول الله ﷺ « اذا خطب أحدكم المرأة فان استطاع أن ينظر إلى مايدعوه إلى نكاحها فليفعل » قال فخطبت امرأة فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها مادعاني الى نكاحها فتزوجتها . رواه أبو داود وفي هذا أحاديث كثيرة سوى هذا ، ولان النكاح عقد يقتضي التمليك فكان للعاقد النظر الى المعقود عليه كالنظر الى الامة المستامة ولا بأس بالنظر اليها باذنها وغير اذنها لان النبي ﷺ أمرنا بالنظر وأطلق وفي حديث جابر فكنت أتخبأ لها ، وفي حديث عن المغيرة بن شعبة أنه استأذن أبويها في النظر اليها فكرهاه فأذنت له المرأة رواه سعيد . ولا يجوز له الخلوة بها لانها محرمة ولم يرد الشرع بغير النظر فبقيت على التحريم ولانه لا يؤمن مع الخلوة مواقعة المحظور فان النبي ﷺ قال « لا يخلون رجل بامرأة فان ثالثهما الشيطان » ولا ينظر اليها نظرة تلذذ وشهوة ولا لريبة قال أحمد في رواية صالح ينظر إلى الوجه ولا يكون عن طريق لذة وله أن يردد النظر اليها ويتأمل محاسنها لان المقصود لا يحصل إلا بذلك .

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في إباحة النظر الى وجهها وذلك لانه ليس بعورة وهو مجمع المحاسن وموضع النظر ولا يباح له النظر إلى مالا يظهر عادة ، وحكي عن الاوزاعي أنه ينظر الى مواضع اللحم ، وعن داود أنه ينظر الى جميعها لظاهر قوله عليه السلام « انظر اليها »

لغيره من غير قرابة جاز له أن يتزوجها كالامام وقولهم لم يوجد ايجاب ولا قبول عديم الاثر فانه لو وجد لم يحكموا بصحته وعلى أنه إذا لم يوجد فقد وجد ما يدل عليه وهو جعل العتق صداقا فأشبه ما لو تزوج امرأة هو وليها ولو قال الخاطب للولي ازوجت قال نعم صح عند أصحابنا وكالو أتى بالكنايات عند أبي حنيفة ومن وافقه

(فصل) ولا فرق بين أن يقول أعتقتك وجعلت عتقك صداقك وتزوجتك أو لا يقول وتزوجتك وكذلك قوله وجعلت عتقك صداقك وجعلت صداقك عتقك كذلك ذكره الخرقي ونص أحمد في رواية صالح اذا قال جعلت عتقك صداقك أو صداقك عتقك كان ذلك جائزاً ، ويشترط لصحة النكاح أن لا يكون بينهما فصل فلو قال أعتقتك وسكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه أو تكلم بكلام أجنبي لم يصح النكاح لأنها صارت بالعتق حرة فتحتاج الى أن يتزوجها برضاها بعقد وصداق جديد ولا بد من حضور شاهدين إذا قلنا باشتراط الشهادة في النكاح نص على ذلك في رواية الجماعة لقوله لا نكاح إلا بولي وشاهدين .

(فصل) وإذا قلنا بصحة النكاح فطلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها لان الطلاق قبل

ولنا قول الله تعالى (ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها) وروي عن ابن عباس انه قال الوجه وبطن الكف ولان النظر محرم أبيح للحاجة فيختص بما تدعو الحاجة اليه وهو ما ذكرنا والحديث مطلق ومن ينظر إلى وجه إنسان سمي ناظراً اليه ومن رآه وعليه أثوابه سمي رائيا له كما قال الله تعالى (وإذا رأيتهم تعجبك أجسامهم * وإذا رآك الذين كفروا) فأما ما يظهر غالبا سوى الوجه كالكفين والقدمين ونحو ذلك مما تظهره المرأة في منزلها ففيه روايتان

[احداهما] لا يباح النظر اليه لانه عورة فلم يبح النظر اليه كالذي لا يظهر فان عبدالله روى أن النبي ﷺ قال « المرأة عورة » حديث حسن ولان الحاجة تندفع بالنظر الى الوجه فبقي ما عداه على التحريم

[والثانية] له النظر إلى ذلك قال أحمد في رواية حنبل لا بأس أن ينظر اليها وإلى ما يدعوه الى نكاحها من يد أو جسم ونحو ذلك قال أبو بكر لا بأس أن ينظر اليها عند الخطبة حاسرة وقال الشافعي ينظر إلى الوجه والكفين ووجه جواز النظر ما يظهر غالبا أن النبي ﷺ لما أذن في النظر اليها من غير علمها علم أنه أذن في النظر الى جميع ما يظهر عادة إذ لا يمكن افراد الوجه بالنظر مع مشاركة غيره له في الظهور ولانه يظهر غالبا فأبيح النظر اليه كالوجه ولانها امرأة أبيح له النظر اليها بأمر الشارع فأبيح النظر منها الى ذلك كذوات المحارم وقد روى سعيد عن سفيان عن عمرو بن دينار عن أبي جعفر قال خطب عمر بن الخطاب ابنة علي فذكر منها صغراً فقالوا له إنما ردك فعاوده فقال نرسل بها اليك تنظر اليها فرضيها فكشف عن ساقيها فقالت ارسل لولا أنك أمير المؤمنين للطمت عينك

(فصل) ويجوز للرجل أن ينظر من ذوات محارمه الى ما يظهر غالبا كالرقبة والرأس والكفين

الدخول يوجب الرجوع في نصف ما فرض لها وقد فرض لها نفسها ولا سبيل الى الرجوع في الرق بعد زواله فرجع بنصف قيمة نفسها وبهذا قال الحسن والحاكم وقال الاوزاعي يرجع بقيمتها

ولنا أنه طلاق قبل الدخول فأوجب الرجوع بالنصف كسائر الطلاق وتعتبر القيمة حالة الاعتاق لانها حالة الاتلاف فان لم تكن قادرة على نصف القيمة فهل تستسعى فيها أو يكون ديناً تنظر به الى حالة القدرة ؟ على روايتين، وان قلنا ان النكاح لا ينعقد بهذا القول فعليها قيمة نفسها لانه أزال ملكه بعوض لم يسلم له فرجع الى قيمة المفوت كالبيع الفاسد وكذلك ان قلنا ان النكاح انعقد به فارتدت قبله أو فعلت ما ينفسخ به نكاحها مثل أن أرضعت زوجة له صغيرة ونحو ذلك انفسخ نكاحها وعليها قيمة نفسها .

﴿مسئلة﴾ (وان قال لامته أعتقتك على أن تزوجيني نفسك ويكون عتقك صداقك أو لم يقل ويكون عتقك فقبلت عتقت ولم يلزمها أن تزوجه نفسها)

لانه سلف في نكاح فلم يلزمها كما لو أسلف حرة ألفا على أن يتزوجها ولانه أسقط حقه من الخيار قبل وجود سببه فلم يسقط كالشفيع يسقط شفعته قبل البيع ويلزمها قيمة نفسها أومأ اليه أحمد

والقدمين ونحو ذلك وليس له النظر الى ما يستتر غالبا كالصدر والظهر ونحوهما قال الاثرم سألت أبا عبدالله عن الرجل ينظر إلى شعر امرأة أبيه أو امرأة ابنه فقال هذا في القرآن (ولا يبدين زينتهن) إلا لكذا وكذا قلت ينظر إلى ساق امرأة أبيه وصدرها قال لا يعجبني ثم قال أنا أكره أن ينظر من أمه وأخته إلى مثل هذا والى كل شيء لشهوة وذكر القاضي أن حكم الرجل مع ذوات محارمه حكم الرجل مع الرجل والمرأة مع المرأة وقال أبو بكر كراهية أحمد النظر إلى ساق أمه وصدرها على التوقي لان ذلك يدعو إلى الشهوة يعني أنه يكره ولا يحرم ومنع الحسن والشعبي والضحاك النظر الى شعر ذوات المحارم فروي عن هند ابنة المهلب قالت قلت للحسن ينظر الرجل الى قرط أخته وإلى عنقها؟ قال لا ولا كرامة وقال الضحاك لو دخلت على أمي لقلت أيتها العجوز غطي شعرك. والصحيح أنه يباح النظر الى ما يظهر غالبا لقول الله تعالى (ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن) الآية وقالت سهلة بنت سهيل يارسول الله إنا كنا نرى سالماً ولداً وكان يأوي معي ومع أبي حذيفة في بيت واحد ويراني فضلا وقد أنزل فيهم ماعلمت فكيف ترى فيه؟ فقال لها النبي ﷺ «أرضعيه» فأرضعته خمس رضعات فكان بمنزلة ولدها رواه أبو داود وغيره وهذا دليل على أنه كان ينظر منها الى ما يظهر غالبا فانها قالت يراني فضلا ومعناه في ثياب البذلة التي لا تستر أطرافها

وقال امرؤ القيس

فجئت وقد نضت لنوم ثيابها　　ولم يبق الا لبسة المتفضل

ومثل هذا يظهر منه الاطراف والشعر فكان يراها كذلك اذا اعتقدته ولداً ثم دلهم النبي

في رواية عبد الله وهو مذهب الشافعي لأنه أزال ملكه منها بشرط عوض لم يسلم فاستحق الرجوع بقيمته كالبيع الفاسد إذا تلفت السلعة في يد المشتري والنكاح الفاسد إذا اتصل به الدخول ويحتمل أن لا يلزمها شيء بناء على ما اذا قال لعبده اعتقتك على أن تعطيني ألفاً وهذا قول مالك وزفر لان هذا ليس بلفظ شرط فأشبه ما لو قال أعتقتك وزوجيني نفسك. وتعتبر القيمة حال العتق ويطالبها في الحال ان كانت قادرة عليها وان كانت معسرة فهل تنظر؟ إلى الميسرة أو تجبر على الكسب؟ على وجهين أصلهما في المفلس هل يجبر على الكسب ؟ على روايتين

(فصل) وان اتفق السيد والامة على أن يعتقها وتزوجه نفسها فتزوجها على ذلك صح ولا مهر لها غير ما شرط من العتق وبه قال أبو يوسف وقال أبو حنيفة والشافعي لا يكون العتق صداقا لكن ان تزوجها على القيمة التي له في ذمتها وهما يعلمان القيمة صح الصداق

ولنا أن العتق صداقاً في حق النبي صلى الله عليه وسلم فيجوز في حق أمته كالدراهم ولأنه يصلح عوضاً في البيع فانه لو قال أعتق عبدك على ألف جاز فلأن يكون عوضاً في النكاح أولى فان النكاح لا يقصد فيه العوض، وعلى هذا لو تزوجها على أن يعتق أباها صح نص عليه أحمد في رواية عبد الله

ﷺ على مايستديمون به ما كانوا يعتقدونه ويفعلونه

وروى الشافعي في مسنده عن زينب بنت أبي سلمة انها ارتضعت من أسماء امرأة الزبير قالت فكنت أراه أبا وكان يدخل علي وأنا أمشط رأسي فيأخذ ببعض قرون رأسي ويقول اقبلي علي ، ولان التحرز من هذا لايمكن فأبيح كالوجه وما لايظهر غالبا لايباح لان الحاجة لاتدعو إلى نظره ولا تؤمن معه الشهوة ومواقعة المحظور فحرم النظر اليه كما تحت السرة

(فصل) وذوات محارمه كل من حرم عليه نكاحها على التأبيد بنسب أو رضاع أو تحريم المصاهرة بسبب مباح لما ذكرنا من حديث سالم وزينب ، وعن عائشة أن أفلح أخا أبي القعيس استأذن عليها بعد ما أنزل الحجاب فأبت أن تأذن له فقال النبي ﷺ « ايذني له فانه عمك تربت يمينك » وقد ذكر الله تعالى آباء بعولتهن وأبناء بعولتهن كما ذكر آباءهن وأبناءهن في إبداء الزينة لهم، وتوقف أحمد عن النظر الى شعر أم امرأته وبنتها لانهما غير مذكورتين في الآية ، قال القاضي انما هذا حكى قول سعيد بن جبير ولم يأخذ به ، وقد صرح في رواية المروذي انه محرم يجوز له المسافرة بها ، وقال في رواية أبي طالب : ساعة يعقد عقدة النكاح تحرم عليه أم امرأته فله أن يرى شعرها ومحاسنها ليست مثل التي يزني بها لايحل له أبداً أن ينظر الى شعرها ولا الى شيء من جسدها وهي حرام عليه

(فصل) فأما أم المزني بها وابنتها فلا يحل له النظر اليهن وان حرم نكاحهن لان تحريمهن بسبب محرم فلم يفد إباحة النظر كالمحرمة باللعان وكذلك بنت الموطوءة بشبهة وأمها ليست من ذوات محارمه وكذلك الكافر ليس بمحرم لقرابته المسلمة ، قال أحمد في يهودي أو نصراني أسلمت بنته لايسافر بها

اذا ثبت هذا فان العتق يصير صداقاً كما لو دفع اليها مالا ثم تزوجها عليه فان بذلت له نفسها ليتزوجها فامتنع لم يجبر وكانت له القيمة لانها اذا لم تجبر على تزويجه نفسها لم يجبر هو على قبولها وحكم المدبرة والمعلق عتقها بصفة وأم الولد حكم الامة القن في جميع ما ذكرنا

(فصل) ولا بأس أن يعتق الرجل الامة ثم يتزوجها سواء أعتقها لوجه الله تعالى أو أعتقها ليتزوجها وكره أنس تزويج من أعتقها لوجه الله تعالى قال الاثرم قلت لابي عبد الله روى شعبة عن قتادة عن أنس أنه كره أن يعتق الامة ثم يتزوجها قال نعم ذاك اذا أعتقها لله كره أن يرجع في شيء

ولنا ما روى أبو موسى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كانت عنده جارية فعلمها وأحسن اليها ثم أعتقها وتزوجها فذلك له أجران » متفق عليه ولانه اذا تزوجها فقد أحسن اليها باعفافها وصيانتها فلم يكره كما لو زوجها غيره وليس في هذا رجوع فيما جعل لله فانه انما يتزوجها بصداقها فهو بمنزلة من اشترى منها شيئاً

(فصل) واذا قال اعتق عبدك على أن أزوجك ابنتي فاعتقه لم يلزمه ان يزوجه ابنته لانه سلف في نكاح وعليه قيمة عبد وقال الشافعي في احد القولين لا يلزمه شيء لانه لافائدة له في العتق

ليس هو محرما لها ، والظاهر انه اراد ليس محرما لها في السفر أما النظر فلا يجب عليها الحجاب منه لان أبا سفيان أتى المدينة وهو مشرك فدخل على ابنته أم حبيبة فطوت فراش رسول الله ﷺ لئلا يجلس عليه ولم تحتجب منه ولا أمرها بذلك النبي ﷺ

(فصل) وعبد المرأة له النظر الى وجهها وكفيها لقول الله تعالى (أو ماملكت ايمانهن) وروت ام سلمة أن رسول الله ﷺ قال « اذا كان لاحداكن مكاتب فلها ما يؤدي فلتحتجب منه » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وعن أبي قلابة قال كان أزواج النبي ﷺ لايحتجبن من مكاتب مابقي عليه دينار ، ورواه سعيد في سننه، وعن أنس ان النبي ﷺ أتى فاطمة بعبد قد وهبه لها وعلى فاطمة ثوب اذا قنعت به رأسها لم يبلغ رجليها واذا غطت به رجليها لم يبلغ رأسها ، فلما رأى رسول الله ﷺ ماتلقى قال « أنه ليس عليك بأس انما هو أبوك وغلامك » رواه أبوداود، وكره أبوعبد الله له أن ينظر الى شعر مولاته وهو قول سعيد بن المسيب وطاوس ومجاهد والحسن وأباح له ذلك ابن عباس لما ذكرنا من الآيتين والحديثين ولان الله تعالى قال (ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات ـ الى قوله ـ ليس عليكم ولاعليهم جناح) ولانه يشق التحرز منه فأبيح له ذلك كذوي المحارم، وقال أصحاب الشافعي هو محرم حكمه حكم المحارم من الاقارب في أحد الوجهين لما ذكرنا من الدليل ، ولانه محرم عليها فكان محرما كالاقارب

ولنا ما روى ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ « سفر المرأة مع عبدها ضيعة » رواه سعيد ولانها لاتحرم عليه على التأبيد ولا يحل له استمتاعها فلم يكن محرما كزوج أختها ولانه غير مأمون عليها

ولنا انه أزال ملكه عن عبده بعوض شرطه فلزمه عوضه كما لو قال اعتق عبدك عني وعلي ثمنه وكما لو قال طلق زوجتك على الف فطلقها أوالق متاعك في البحر وعلي ثمنه وبهذه الاصول يبطل قولهم انه لافائدة له في العتق

(فصل) قال رضي الله عنه (الرابع الشهادة فلا ينعقد الا بشاهدين عدلين بالغين عاقلين وان كانا ضريرين)

المشهور عن أحمد ان الشهادة شرط لصحة النكاح روي ذلك عن عمر وعلي وهو قول ابن عباس وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد والحسن والنخعي وقتادة والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد أنه يصح بغير شهود فعله ابن عمر والحسن بن علي وابن الزبير وسالم وحمزة ابنا ابن عمر وبه قال عبد الله بن ادريس وعبد الرحمن بن مهدي ويزيد بن هارون والعنبري وأبو ثور وابن المنذر وهو قول الزهري ومالك اذا أعلنوه قال ابن المنذر لايثبت في الشاهدين في النكاح خبر وقال ابن عبد البر وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «لا نكاح الا بولي وشاهدين عدلين» من حديث ابن عباس وأبي هريرة وابن عمر الا ان في نقلة ذلك ضعفاً فلم أذكره قال ابن المنذر وقد

اذ ليست بينهما نفرة المحرمية والملك لا يقتضي النفرة الطبيعية بدليل السيد مع أمته وانما أبيح له من النظر ما تدعو الحاجة اليه كالشاهد والمبتاع ونحوهما وجعله بعض أصحابنا كالاجنبي لما ذكرناه، والصحيح ماقلنا ان شاء الله تعالى

(فصل) فأما الغلام فمادام طفلا غير مميز لايجب الاستتار منه في شيء، وان عقل ففيه روايتان (إحداهما) حكمه حكم ذي المحرم في النظر (الثانية) له النظر إلى ما فوق السرة وتحت الركبة لان الله تعالى قال: ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم - الى قوله - ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض - الى قوله - واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم) فدل على التفريق بين البالغ وغيره، قال ابو عبد الله: ابو طيبة حجم نساء النبي ﷺ وهو غلام (ووجه الرواية الاولى)قوله او الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء، وقيل لابي عبد الله متى تغطي المرأة رأسها من الغلام؟ قال اذا بلغ عشر سنين

(فصل) ومباح لكل واحد من الزوجين النظر الى جميع بدن صاحبه ولمسه حتى الفرج لما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده قال قلت يارسول الله عوراتنا ما نأتي منها وما نذر؟ فقال لي « احفظ عورتك الا من زوجتك أو ماملكت يمينك » رواه الترمذي وقال حديث حسن ولان الفرج يحل له الاستمتاع به فجاز النظر اليه ولمسه كبقية البدن، ويكره النظر الى الفرج فان عائشة رضي الله عنها قالت مارأيت فرج رسول الله ﷺ قط رواه ابن ماجه، وفي لفظ قالت مارأيته من رسول الله ﷺ ولا رآه

أعتق النبي صلى الله عليه وسلم صفية بنت حيي وتزوجها بغير شهود قال أنس بن مالك اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم جارية بسبعة ارؤس قال الناس ماندري أتزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم ام جعلها ام ولد فلما أراد ان يركب حجبها فعلموا انه تزوجها متفق عليه قال فاستدلوا على تزويجها بالحجاب وقال يزيد بن هارون امر الله بالاشهاد في البيع دون النكاح فاشترط اصحاب الرأي الشهادة في النكاح ولم يشترطوها في البيع، ووجه الاولى انه قد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لا نكاح الا بولي مرشد وشاهدي عدل » رواه الخلال باسناده وروى الدارقطني عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لابد في النكاح من أربعة الولي والزوج والشاهدين » ولانه يتعلق به حق غير المتعاقدين وهو الولد فاشترطت الشهادة فيه لئلا يجحده أبوه فيضيع نسبه بخلاف البيع فأما نكاح النبي صلى الله عليه وسلم بغير ولي وشهود فمن خصائصه في النكاح فلا يلحق به غيره

(فصل) ويشترط في الشهود الذكورية والعدالة والعقل والبلوغ والاسلام، فأما الذكورية فقال احمد اذا تزوج بشهادة نسوة لم يجز ذلك لما روى أبو عبيد في الاموال عن الزهري قال مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لاتجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح ولا في الطلاق ولانه عقد ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال في غالب الاحوال فلم يثبت بشهادتهن

مي وقال احمد في رواية جعفر بن محمد في المرأة تقعد بين يدي زوجها وفي بيتها مكشوفة في ثياب رقاق لا بأس به قلت تخرج من الدار إلى بيت مكشوفة الرأس وليس في الدار الا هي وزوجها فرخص في ذلك

(فصل) ويباح للسيد النظر الي جميع بدن أمته حتى فرجها لما ذكرنا في الزوجين وسواء في ذلك سريته وغيرها لانه مباح له الاستمتاع من جميع بدنها فأبيح له النظر اليه فان زوج أمته حرم عليه الاستمتاع والنظر منها الى ما بين السرة والركبة لان عمرو بن شعيب روى عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ « اذا زوج أحدكم خادمه عبده أو أجيره فلا ينظر الى مادون السرة وفوق الركبة فانه عورة » رواه ابو داود ومفهومه إباحة النظر إلى ماعداه ، وأما تحريم الاستمتاع بها فلا شك فيه ولا اختلاف فأنها قد صارت مباحة للزوج، ولا تحل امرأة لرجلين فان وطئها لزمه الاثم والتعزير وان ولدت فقال احمد لا يلحقه الولد لانها فراش لغيره فلا يلحقه ولدها كالاجنبية

(فصل) فيمن يباح له النظر من الاجانب. يباح للطبيب النظر الي ماتدعو اليه الحاجة من بدنها من العورة وغيرها فانه موضع حاجة وقد روي أن النبي ﷺ لما حكم سعد في بني قريظة كان يكشف عن مؤتزرهم وعن عثمان انه أتي بغلام قد سرق فقال انظروا الى مؤتزره فلم يجدوه انبت الشعر فلم يقطعه وللشاهد النظر الى وجه المشهود عليها لتكون الشهادة واقعة على عينها، قال احمد لا يشهد على امرأة إلا أن يكون قد عرفها بعينها وان عامل امرأة في بيع او اجارة فله النظر الى وجهها ليعلمها بعينها فيرجع عليها بالدرك وقد روي عن احمد كراهة ذلك في حق الشابة دون العجوز ولعله كرهه لمن يخاف الفتنة أو يستغنى عن المعاملة فأما مع الحاجة وعدم الشهوة فلا بأس

كالحدود (والثاني العدالة) ففي انعقاد النكاح بشهادة الفاسقين روايتان (احداهما) لا ينعقد وهو مذهب الشافعي للخبر ولان النكاح لا يثبت بشهادتهما فلم ينعقد بحضورهما كالمجنونين (والثانية) ينعقد بشهادتهما وهو قول أبي حنيفة لانه تحمل فصحت من الفاسق كسائر التحملات ، وعلى كلتا الروايتين لا تعتبر حقيقة العدالة بل ينعقد بشهادة مستوري الحال لان النكاح يكون في القرى والبوادي وبين عامة الناس مما لا يعرف حقيقة العدالة فاعتبار ذلك يشق فاكتفي بظاهر الحال وكون الشاهد مستورا لم يظهر فسقه فان تبين بعد العقد انه كان فاسقا لم يؤثر في العقد لان الشرط العدالة ظاهراً وهو ان لا يكون ظاهر الفسق وقد تحقق ذلك وقيل تبين ان النكاح كان فاسداً لعدم الشرط ولا يصح لانه لو كانت العدالة الباطنة شرطاً لوجب الكشف عنها لانه مع الشك فيها يكون الشرط مشكوكا فيه فلا ينعقد النكاح ولا تحل المرأة مع الشك في صحة نكاحها، وان حدث الفسق فيهما لم يؤثر في صحة النكاح لان الشرط انما يعتبر حالة العقد ، ولو أقر رجل وامرأة انهما نكحا بولي وشاهدي عدل قبل منهما وثبت النكاح بشهادتهما (الثالث العقل) فلا ينعقد بشهادة مجنونين ولا طفلين لانهما ليسا من أهل الشهادة ولا لمالقول يعتبر (الرابع البلوغ)فلا ينعقد بشهادة صبيين لانهما ليسا من أهل الشهادة اشبها الطفل وعنه انه ينعقد

(فصل) فأما نظر الرجل الى الاجنبية من غير سبب فانه محرم الى جميعها في ظاهر كلام احمد قال أحمد لا يأكل مع مطلقته هو أجنبي لا يحل له أن ينظر اليها كيف يأكل معها ينظر إلى كفها لا يحل له ذلك ، وقال القاضي يحرم عليه النظر إلى ماعدا الوجه والكفين لانه عورة ، ويباح له النظر اليها مع الكراهة اذا أمن الفتنة ونظر لغير شهوة وهذا مذهب الشافعي لقول الله تعالى (ولا يبدين زينتهن إلا ماظهر منها) قال ابن عباس الوجه والكفين وروت عائشة أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على رسول الله ﷺ في ثياب رقاق فأعرض عنها ، وقال « يا أسماء إن المرأة إذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا » وأشار الى وجهه وكفيه رواه أبو بكر وغيره ولانه ليس بعورة فلم يحرم النظر اليه بغير ريبة كوجه الرجل

ولنا قول الله تعالى (واذا سألتموهن متاعا فاسألوهن من وراء حجاب) وقول النبي ﷺ « اذا كان لاحداكن مكاتب فملك مايؤدي فلتحتجب منه » وعن أم سلمة قالت كنت قاعدة عند النبي ﷺ أنا وحفصة فاستأذن ابن أم مكتوم فقال النبي ﷺ « احتجبن منه » رواه أبو داود وكان الفضل ابن عباس رديف رسول الله ﷺ فجاءته الخثعمية تستفتيه فجعل الفضل ينظر اليها وتنظر اليه فصرف رسول الله ﷺ وجهه عنها ، وعن جرير بن عبدالله قال سألت رسول الله ﷺ عن نظر الفجاءة فأمرني أن أصرف بصري حديث صحيح وعن علي رضي الله عنه قال قال لي رسول الله ﷺ « لا تتبع النظرة النظرة فانما لك الاولى وليست لك الآخرة » رواهما أبو داود وفي اباحة النظر الى المرأة إذا أراد تزوجها دليل على التحريم عند عدم ذلك اذ لو كان مباحا على الاطلاق فما وجه التخصيص

بشهادة مراهقين عاقلين بناء على انهما من أهل الشهادة (الخامس الاسلام) فلا ينعقد النكاح بشهادة كافرين سواء كان الزوجان مسلمين أو الزوج مسلما وحده نص عليه أحمد وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة إذا كانت المرأة ذمية صح بشهادة ذميين ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الرواية التي تقول بقبول شهادة بعض أهل الذمة على بعض والاول أصح لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل » ولانه نكاح مسلم فلم ينعقد بشهادة ذميين كنكاح المسلمين

(فصل) وينعقد بشهادة ضريرين وللشافعية في ذلك وجهان

ولنا أنها شهادة على قول فقبلت من الضرير كالشهادة بالاستفاضة، ويعتبر ان يتيقن الصوت على وجه لا يشك فيها كما يعلم ذلك من رآهما وينعقد بشهادة عبدين وقال أبو حنيفة والشافعي لا ينعقد والخلاف في ذلك مبني على الخلاف في قبول شهادتهما في سائر الحقوق وسنذكر ذلك في موضعه ان شاء الله، (وعنه ينعقد بحضور فاسقين) وقد ذكرنا ذلك (ورجل وامرأتين) ظاهر المذهب ان النكاح لا ينعقد برجل وامرأتين وهو قول النخعي والاوزاعي والشافعي وعن أحمد انه قال اذا تزوج بشهادة نسوة لم يجز فان كان معهن رجل فهو اهون فيحتمل ان هذا رواية اخرى في انعقاده بذلك وهو قول أصحاب

لهذه وأما حديث اسماء ان صح فيحتمل أنه كان قبل نزول الحجاب فنحمله عليه

(فصل) والعجوز التي لا يشتهى مثلها لا بأس بالنظر منها الى ما يظهر غالبا لقول الله تعالى (والقواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحا) الآية قال ابن عباس في قوله تعالى (قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم * وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن) الآية قال فنسخ واستثنى من ذلك القواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحا الآية وفي معنى ذلك الشوهاء التي لا تشتهى

(فصل) والامة يباح النظر منها الى ما يظهر غالبا كالوجه والرأس واليدين والساقين لان عمر رضي الله عنه رأى امرأة متلثمة فضربها بالدرة وقال يا لكاع تشبهين بالحرائر وروى أبو حفص باسناده أن عمر كان لا يدع أمة تقنع في خلافته وقال انما القناع للحرائر ولو كان نظر ذلك منها محرما لم يمنع من ستره بل أمر به، وقد روى أنس أن النبي ﷺ لما أخذ صفية قال الناس لا ندري أجعلها أم المؤمنين أم أم ولد فقالوا إن حجبها فهي أم المؤمنين وان لم يحجبها فهي أم ولد فلما ركب وطأها خلفه ومد الحجاب بينه وبين الناس متفق عليه، وهذا دليل على أن عدم حجب الاماء كان مستفيضا بينهم مشهوراً وأن الحجب لغيرهن كان معلوما ، وقال أصحاب الشافعي يباح النظر منها الى ما ليس بعورة وهو ما فوق السرة وتحت الركبة، وسوى بعض أصحابنا بين الحرة والامة لقوله تعالى (ولا يبدين زينتهن) الآية ولان العلة في تحريم النظر الخوف من الفتنة والفتنة المخوفة تستوي فيها الحرة والامة فان الحرية حكم لا يؤثر في الامر الطبيعي وقد ذكرنا ما يدل على التخصيص ويوجب الفرق بينهما وان لم يفترقا فيما ذكروه افترقا في الحرمة وفي مشقة الستر لكن ان كانت الامة جميلة يخاف

الرأي وروي عن الشعبي لانه عقد معاوضة فانعقد بشهادتهن بالرجال كالبيع

ولنا الخبر المذكور ولانه عقد ليس المقصود منه المال ويحضره الرجال فلم يقبل فيه شهادة النساء كالحدود ولهذا فارق البيع

﴿ مسئلة ﴾ (وعنه ينعقد بحضور مراهقين عاقلين) وقد ذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ (ولا ينعقد نكاح المسلم بشهادة ذميين ويتخرج ان ينعقد اذا كانت المرأة ذمية وقد ذكرنا ذلك)

﴿ مسئلة ﴾ (ولا ينعقد بحضور اصمين ولا أخرسين)

لان الاصمين لا يسمعان والاخرسين يتعذر الاداء منهما، وفي انعقاده بشهادة أهل الصنائع الرديئة كالحجام ونحوه وجهان بناء على قبول شهادتهم

﴿ مسئلة ﴾ (وهل ينعقد بحضور عدوين او ابني الزوجين او احدهما ؟ على وجهين)

احدهما ينعقد اختاره أبو عبدالله بن بطة لعموم قوله « وشاهدي عدل » ولانه ينعقد بهما نكاح غير هذا الزوج فانعقد بهما نكاحه كسائر العدول (والثاني) لا ينعقد لان العدو لا تقبل شهادته على عدوه والابن لا تقبل

الفتنة بها حرم النظر اليها كما يحرم النظر الى الغلام الذي تخشى الفتنة بالنظر اليه قال أحمد في الامة إذا كانت جميلة تنتقب ولا ينظر الى المملوكة كم من نظرة القت في قلب صاحبها البلابل.

(فصل) فأما الطفلة التي لا تصلح للنكاح فلا بأس بالنظر اليها قال أحمد في رواية الاثرم في رجل يأخذ الصغيرة فيضعها في حجره ويقبلها فان كان يجد شهوة فلا وان كان لغير شهوة فلا بأس وقد روى أبو بكر باسناده عن عمر بن حفص المديني أن الزبير بن العوام أرسل بابنة له الى عمر بن الخطاب مع مولاة له فأخذها عمر بيده وقال ابنة أبي عبدالله فتحركت الاجراس من رجلها فأخذها عمر فقطعها وقال قال رسول الله ﷺ «مع كل جرس شيطان» فاما اذا بلغت حداً تصلح للنكاح كابنة تسع فان عورتها مخالفة لعورة البالغة بدليل قوله عليه السلام « لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار فدل على صحة الصلاة ممن لم تحض مكشوفة الرأس فيحتمل أن يكون حكمها حكم ذوات المحارم كقولنا في الغلام المراهق مع النساء وقد روى أبو بكر عن ابن جريج قال قالت عائشة دخلت علي ابنة أخي مزينة فدخل علي النبي ﷺ فاعرض فقلت يارسول الله انها ابنة أخي وجارية فقال « اذا عركت المرأة لم يجز لها أن تظهر إلا وجهها وإلا مادون هذا » وقبض على ذراع نفسه فترك بين قبضته وبين الكف مثل قبضة أخرى أو نحوها وذكر حديث أسماء « اذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا » وأشار إلى وجهه وكفيه واحتج أحمد بهذا الحديث وتخصيص الحائض بهذا التحديد دليل على اباحة أكثر من ذلك في حق غيرها

(فصل) ومن ذهبت شهوته من الرجال لكبر أو عنة أو مرض لايرجى برؤه والخصي والشيخ

شهادته لوالده وعنه ان الشهادة ليست من شروط النكاح وقد ذكرنا الخلاف في ذلك والله أعلم

(فصل) قال رحمه الله (الخامس) كون الرجل كفؤاً لها في احدى الروايتين فلو رضيت المرأة والاولياء بغيره لم يصح) اختلفت الرواية عن أحمد في اشتراط الكفاءة لصحة النكاح فروي عنه أنها شرط فانه قال اذا تزوج المولى العربية فرق بينهما وهذا قول سفيان قال احمد فى الرجل يشرب الشراب ماهو بكفء لها يفرق بينهما وقال لو كان المتزوج حائكا فرقت بينهما لقول عمر رضي الله عنه لامنعن تزويج ذوات الاحساب الامن الاكفاء رواه الخلال باسناده وعن أبي اسحاق الهمداني قال خرج سلمان وجرير في سفر فأقيمت الصلاة فقال جرير لسلمان تقدم فقال سلمان بل انت تقدم فانكم معشر العرب لانتقدم في صلاتكم ولا تنكح نساءكم ان الله فضلكم علينا بمحمد صلى الله عليه وسلم وجعله فيكم ولان التزويج مع فقد الكفاءة تصرف في حق من يحدث في الاولياء بغير اذنه فلم يصح كما لو زوجها بغير اذنها

وقد روى الدارقطني عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تنكحوهن إلا الاكفاء ولا يزوجهن إلا الاولياء » إلا أن ابن عبد البر قال : هذا ضعيف لا أصل له ولا يحتج بمثله ، ولو رضيت المرأة والاولياء بغير كفء لم يصح النكاح لفوات شرطه وهذا اختيار الخرقي وإذا قلنا باشتراطها فانما يعتبر

والخنث الذي لاشهوة له فحكمه حكم ذوي المحرم في النظر لقول الله تعالى (أو التابعين غير أولي الاربة) أي غير أولي الحاجة الى النساء ، وقال ابن عباس هو الذي لا تستحي منه النساء ، وعنه هو المخنث الذي لا يقوم زبه . وعن مجاهد وقتادة الذي لا ارب له في النساء فان كان المخنث ذا شهوة ويعرف أمر النساء فحكمه حكم غيره لان عائشة قالت : دخل على أزواج النبي ﷺ مخنث فكانوا يعدونه من غير أولي الاربة من الرجال فدخل علينا النبي ﷺ وهو ينعت امرأة أنها اذا أقبلت أقبلت بأربع ، واذا أدبرت أدبرت بثمان فقال النبي ﷺ « ألا أرى هذا يعلم ما ههنا لا يدخلن عليكم هذا » فحجبوه رواه ابو داود وغيره ، قال ابن عبد البر ليس المخنث الذي تعرف فيه الفاحشة خاصة وانما التخنيث بشدة التأنيث في الخلقة حتى يشبه المرأة في اللين والكلام والنظر والنغمة والعقل فاذا كان كذلك لم يكن له في النساء إرب وكان لا يفطن لامور النساء وهو من غير أولي الاربة الذين ابيح لهم الدخول على النساء ، ألا ترى أن النبي ﷺ لم يمنع ذلك المخنث من الدخول على نسائه فلما سمعه يصف ابنة غيلان وفهم أمر النساء أمر بحجبه

(فصل) فأما الرجل مع الرجل فلكل واحد منهما النظر من صاحبه إلى ما ليس بعورة . وفي حدها روايتان (احداهما) ما بين السرة والركبة والاخرى الفرجان وقد ذكرناهما في كتاب الصلاة ولا فرق بين الامرد وذي اللحية إلا ان الامرد إن كان جميلا يخاف الفتنة بالنظر اليه لم يجز تعمد النظر اليه . وقد روي عن الشعبي قال : قدم وفد عبد القيس على النبي ﷺ وفيهم غلام أمرد ظاهر الوضاءة فأجلسه النبي ﷺ وراء ظهره رواه أبو حفص . قال المروذي سمعت أبا بكر الاعين يقول قدم علينا انسان من خراسان صديق لابي عبد الله ومعه غلام ابن أخت له وكان جميلا فمضى إلى أبي عبد الله

وجودها حال العقد فان عدمت بعده لم يبطل النكاح فان كانت معدومة حال العقد فهو فاسد حكمه حكم العقود الفاسدة على ما نذكره إن شاء الله تعالى

(والثانية) ليست شرطاً في النكاح وهي أصح ، وهو قول أكثر أهل العلم روي نحوه عن عمر وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز وعبيد بن عمير وحماد بن أبي سليمان وابن سيرين وابن عون ومالك والشافعي وأصحاب الرأي لقول الله تعالى (إن أكرمكم عند الله أتقاكم) وقالت عائشة ان أبا حذيفة ابن عتبة بن ربيعة تبنى سالماً وأنكحه ابنة أخيه هند ابنة الوليد بن عتبة وهو مولى لامرأة من الانصار ، أخرجه البخاري وأمر النبي صلى الله عليه وسلم فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد مولاه فنكحها بأمره متفق عليه وزوج زيد بن حارثة ابنة عمه زينب بنت جحش الاسدية ، وقال ابن مسعود لاخيه أنشدك الله أن لا تزوج إلا مسلماً وإن كان أحمر رومياً أو أسود حبشياً ولأن الكفاءة لا تخرج عن كونها حقاً للمرأة أو للاولياء أو لهما فلم يشترط وجودها كالسلامة من العيوب .

وروي أن أبا هند حجم النبي صلى الله عليه وسلم في اليافوخ فقال النبي صلى الله عليه وسلم « يا بني بياضة انكحوا أبا هند وانكحوا اليه » رواه أبو داود إلا أن أحمد ضعفه وأنكره إنكاراً شديداً.

فحدثه فلما قمنا خلا بالرجل وقال له من هذا الغلام منك ؟ قال ابن أختي قال اذا جئتني لا يكون معك والذي أرى لك أن لا يمشي معك في طريق ، فأما الغلام الذي لم يبلغ تسعا فلا عورة له يحرم النظر اليها وقد روي عن ابن أبي ليلى عن أبيه قال : كنا جلوساً عنـد النبي ﷺ قال فجاء الحسن فجعل يتمرغ عليه فرفع مقدم قميصه أراه قال فقبل زبيبته . رواه ابو حفص

(فصل) وحكم المرأة مع المرأة حكم الرجل مع الرجل سواء، ولا فرق بين المسلمتين وبين المسلمة والذمية كالا فرق بين الرجلين المسلمين وبين المسلم والذمي في النظر قال أحمد ذهب بعض الناس الى أنها لا تضع خمارها عند اليهودية والنصرانية، وأما أنا فأذهب الى أنها لا تنظر الى الفرج ولا تقبلها حين تلد

وعن أحمد رواية أخرى أن المسلمة لا تكشف قناعها عند الذمية ولا تدخل معها الحمام وهو قول مكحول وسليمان بن موسى لقوله تعالى (أو نسائهن) والاول أولى لان النساء الكوافر من اليهوديات وغيرهن قد كن يدخلن على نساء النبي ﷺ فلم يكن يحتجبن ولا أمرن بحجاب . وقد قالت عائشة جاءت يهودية تسألها فقالت أعاذك الله من عذاب القبر ، فسألت عائشة رسول الله ﷺ وذكر الحديث وقالت أسماء قدمت علي أمي وهي راغبة يعني عن الاسلام فسألت رسول الله ﷺ أصلها؟ قال « نعم » ولان الحجب بين الرجال والنساء لمعنى لا يوجد بين المسلمة والذمية فوجب أن لا يثبت الحجب بينهما كالمسلم مع الذمي ولان الحجاب انما يجب بنص أو قياس ولم يوجد واحد منهما ، فأما قوله (أو نسائهن) فيحتمل أن يكون المراد جملة النساء

قال شيخنا والصحيح أنها غير مشروطة ، وما روي فيها يدل على اعتبارها في الجملة ولا يلزم منه اشتراطها

﴿ مسئلة ﴾ (لكن إن لم ترض المرأة والاولياء جميعهم فلمن لم يرض الفسخ)

لان للزوجة ولكل واحد من الاولياء فيها حقاً ومن لم يرض منهم فله الفسخ ولذلك لما زوج رجل ابنته من ابن أخيه ليرفع بها خسيسه جعل لها النبي صلى الله عليه وسلم الخيار فاختارت ماصنع أبوها ولو فقد الشرط لم يكن لها خيار .

(فصل) وإذا قلنا ليست شرطا فرضيت المرأة والاوليـاء جميعهم صح النكاح ، وإن لم يرض بعضهم فقد روي عن احمد أن العقد يقع باطلا من أصله لان الكفاءة حق لجميعهم والعاقد متصرف فيها بغير رضاهم فلم يصح كتصرف الفضولي وهذا أحد قولي الشافعي وظاهر المذهب أن العقد يقع صحيحاً ويثبت لمن لم يرض الفسخ لما ذكرنا من حديث المرأة التي رفعت الى النبي صلى الله عليه وسلم أن أباها زوجها بغير كفء خيرها ولم يبطل النكاح من أصله ولان العقد وقع بالاذن والنقص الموجود فيه لا يمنع صحته وانما يثبت الخيار كالعيب من العنة وغيرها فعلى هذه الرواية يثبت الفسخ لمن لم يرض ، وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفـة إذا رضيت المرأة وبعض الأولياء

(فصل) فأما نظر المرأة إلى الرجل ففيه روايتان (احداهما) لها النظر الى ماليس بعورة (والاخرى) لايجوز لها النظر من الرجل الا إلى مثل ماينظر اليه منها اختاره ابو بكر وهذا أحد قولي الشافعي لما روى الزهري عن نبهان عن أم سلمة قالت : كنت قاعدة عند النبي ﷺ أنا وحفصة فاستأذن ابن أم مكتوم فقال النبي ﷺ « احتجبن منه » فقلت يارسول الله انه ضرير لايبصر قال « أفعمياوان أنتما لاتبصرانه ؟ » رواه ابو داود وغيره ، ولان الله تعالى أمر النساء بغض أبصارهن كما أمر الرجال به ، ولان النساء أحد نوعي الآدميين فحرم عليهن النظر إلى النوع الآخر قياسا على الرجال يحققه أن المعنى المحرم للنظر خوف الفتنة وهذا في المرأة أبلغ فانها أشد شهوة وأقل عقلا فتسارع الفتنة اليها أكثر

ولنا قول النبي ﷺ لفاطمة بنت قيس « اعتدي في بيت ابن ام مكتوم فانه رجل أعمى تضعين ثيابك فلا يراك » متفق عليه ، وقالت عائشة كان رسول الله ﷺ يسترني بردائه وانا أنظر الى الحبشة يلعبون في المسجد متفق عليه ، ويوم فرغ النبي ﷺ من خطبة العيد مضى الى النساء فذكرهن ومعه بلال فأمرهن بالصدقة ، ولانهن لو منعن النظر لوجب على الرجال الحجاب كما وجب على النساء لئلا ينظرن اليهم ، فأما حديث نبهان فقال أحمد نبهان روى حديثين عجيبين يعني هذا الحديث ، وحديث « اذا كان لاحداكن مكاتب فلتحتجب منه » وكأنه أشار إلى ضعف حديثه اذ لم يرو الا هذين الحديثين

لم يكن لباقي الاولياء فسخ لان هذا الحق لا يتجزأ وقد اسقط بعض الشركاء بعضه فسقط جميعه كالقصاص .

ولنا أن كل واحد من الاولياء يعتبر رضاه فلم يسقط برضا غيره كالمرأة مع الولي . فأما القصاص فلا يثبت لكل واحد كاملا فاذا سقط بعضه تعذر استيفاؤه وههنا بخلافه . ولانه لو زوجها بدون مهر مثلها ملك الباقون عند غيرهم الاعتراض مع أنه خالص حقها فههنا مع أنه حق لهم أولى .

﴿ مسئلة ﴾ (فلو زوج الاب بغير كفء برضاها فللاخوة الفسخ)

نص عليه أحمد وقال مالك والشافعي ليس لهم فسخ اذا زوج الاقرب لانه لا حق للأبعد معه فرضاها لايعتبر كالأجنبي ولنا انه ولي في حال يلحقه العار بعدم الكفاءة فلك الفسخ كالمتساويين

﴿مسئلة﴾ (والكفاءة الدين والمنصب يعني بالمنصب النسب)

اختلفت الرواية عن أحمد في شرط الكفاءة فعنه أنها شرطان الدين والمنصب لاغير وعنه خمسة هذان والحرية والصناعة واليسار، وذكر القاضي في المجرد ان فقد هذه الثلاثة لايبطل النكاح رواية واحدة انما الروايتان في الشرطين الاولين قال ويتوجه أن المبطل عدم الكفاءة في النسب لاغير لانه

المخالفين للاصول ، وقال ابن عبدالبر نبهان مجهول لايعرف الا برواية الزهري عنه هذا الحديث ، وحديث فاطمة صحيح فالحجة به لازمة ثم يحتمل أن حديث نبهان خاص لأزواج النبي ﷺ كذلك قال احمد وابو داود قال الأثرم قلت لابي عبد الله كان حديث نبهان لازواج النبي ﷺ خاصة وحديث فاطمة لسائر الناس؟ قال نعم : وان قدر التعارض فتقديم الاحاديث الصحيحة أولى من الاخذ بحديث مفرد في إسناده مقال

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا زوج امة وشرط عليه ان تكون عندهم بالنهار ويبعث بها اليه بالليل فالعقد والشرط جائزان وعلى الزوج النفقة مدة مقامها عنده)

أما الشرط فصحيح لانه لايخل بمقصود النكاح فان الاستمتاع انما يكون ليلا ، واذا كان الشرط صحيحاً لم يمنع صحة العقد فيكونان صحيحين ، وعلى الزوج النفقة في الليل لانها سلمت اليه فيه وليس عليه نفقة النهار لأنها في مقابلة الاستمتاع وهو لايتمكن من الاستمتاع بها في تلك الحال واذا لم تجب نفقة النهار على الزوج وجبت على السيد لانها في خدمته حينئذ ولانها باقية على الاصل في وجوبها على السيد فتكون نفقتها بينهما نصفين وكذلك الكسوة ، وقال بعض أصحاب الشافعي ليس على الزوج شيء من النفقة لانها لاتجب إلا بالتمكين التام ولم يوجد فلم يجب منها شيء كالحرة اذا بذلت التسليم في بعض الزمان دون بعض

نقص لازم وما عداه غير لازم ولا يتعدى نقصه الى الولد وذكر في الجامع الروايتين في جميع الشروط وذكره أبو الخطاب أيضاً وقال مالك الكفاءة في الدين لاغير قال ابن عبد البر هذا جملة مذهب مالك وأصحابه وعن الشافعي كقول مالك ، وقول آخر انها الخمسة التي ذكرناها والسلامة من العيوب الاربعة فتكون ستة وكذلك قول أبي حنيفة والثوري والحسن بن صالح إلا في الصنعة والسلامة من العيوب ولم يعتبر محمد بن الحسن الدين إلا ان يكون ممن يسكر ويخرج ويسخر منه الصبيان فلا يكون كفؤا لان الغالب على الجند الفسق ولا يعد ذلك نقصاً ، والدليل على اعتبار الدين قول الله تعالى (أفمن كان مؤمناً كمن كان فاسقا لا يستوون) ولان الفاسق مرذول مردود الشهادة والرواية غير مأمون على النفس والمال مسلوب الولايات ناقص عند الله وعند خلقه قليل الحظ في الدنيا والآخرة فلا يجوز ان يكون كفؤا لعفيفة ولامساويا لها لكن يكون كفؤا لمثله. فأما الفاسق من الجند فهو ناقص عند أهل الدين والمروءات. والدليل على اعتبار النسب في الكفاءة قول عمر لأمنعن تزويج ذوات الاحساب الا من الاكفاء قال قلت وما الاكفاء؟ قال في الحسب رواه أبو بكر عبد العزيز باسناده ولان العرب يعدون الكفاءة في النسب ويأنفون من نكاح الموالي ويرون ذلك نقصا وعاراً فاذا أطلقت الكفاءة وجب حملها على المتعارف ولان في فقد ذلك نقصاً وعاراً فوجب أن تعتبر في الكفاءة

ولنا أن النفقة عوض في مقابلة المنفعة فوجب منها بقدر مايستوفيه كالاجرة في الاجارة وفارقت الحرة لان التسليم عليها واجب في جميع الزمان فاذا امتنعت في البعض لم تسلم ما وجب عليها تسليمه وههنا قد سلم السيد جميع ماوجب عليه

(فصل) فان زوجها من غير شرط فقال القاضي الحكم فيه كما لو شرط وله استخدامها نهاراً وعليه ارسالها ليلا للاستمتاع بها لانه زمانه وذلك لان السيد يملك من أمته منفعتين منفعة الاستخدام و لاستمتاع فاذا عقد على احداهما لم يلزمه تسليمها إلا في زمن استيفائها كما لوأجرها للخدمة لم يلزمه تسليمها الا في زمنها وهو النهار والنفقة بينهما على قدر إقامتها عندهما ، وان تبرع السيد بارسالها ليلا ونهاراً فالنفقة كلها على الزوج وان تبرع الزوج بتركها عند السيد ليلا ونهاراً لم تسقط نفقتها عنه ولو تبرع كل واحد منهما بتركها عند الآخر وتدافعاها كانت نفقتها كلها على الزوج لان الزوجية تقتضي وجوبها مالم يمنع من استمتاعها عدوانا أو بشرط أو نحوه ولذلك تجب نفقتها مع تعذر استمتاعها بمرض او حيض او نحوهما فاذا لم يكن من السيد ههنا منع فالنفقة على الزوج لوجود الزوجية المقتضية لها وعدم المانع منها

(فصل) فان أراد الزوج السفر بها لم يملك ذلك لانه يفوت خدمتها المستحقة لسيدها وان أراد السيد السفر بها فقد توقف أحمد عن ذلك وقال ما أدري فيحتمل المنع منه لانه يفوت حق الزوج منها فمنع منه قياسا على ما لو منعه منه مع الاقامة ولانه مالك لأحدى منفعتيها فلم يملك منع الآخر من السفر بها

كالدين، فعلى هذا لاتزوج العفيفة بفاجر لما ذكرنا ولاعربية بعجمي فلا يكون المولى ولاالعجمي كفؤاً لعربية لما ذكرنا من قول عمر رضي الله عنه وقال سلمان لجرير معشر العرب لا نتقدم في صلاتكم ولا تنكح نساءكم ان الله فضلكم علينا بمحمد صلى الله عليه وسلم وجعله فيكم

﴿مسألة﴾ (والعرب بعضهم لبعض اكفاء وسائر الناس بعضهم لبعض اكفاء وعنه لا تزوج قرشية لغير قرشي ولاهاشمية لغير هاشمي)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك فروي عنه ان غير قريش لا يكافئها وغير بني هاشم لا يكافئهم ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم « ان الله اصطفى كنانة من ولد اسماعيل واصطفى قريشاً من كنانة واصطفى من قريش بني هاشم واصطفاني من بني هاشم » ولان العرب فضلت الامم برسول الله صلى الله عليه وسلم وقريش أخص به من سائر العرب وبنو هاشم أخص به من قريش ولذلك قال عثمان وجبير بن مطعم ان اخواننا من بني هاشم لا تنكر فضلهم علينا لمكانك الذي وضعك الله به منهم ، وقال أبو حنيفة لايكافيء العجم العرب ولاالعرب قريشاً وقريش كلهم أكفاء لان ابن عباس قال قريش بعضهم لبعض اكفاء (والرواية الثانية) ان العرب بعضهم لبعض اكفاء والعجم بعضهم لبعض اكفاء لان النبي صلى الله عليه وسلم زوج ابنته عثمان وزوج أبا العاص بن الربيع زينب وهما من بني عبد شمس وزوج علي عمر ابنته أم كلثوم وتزوج عبد الله بن عمرو بن عثمان فاطمة ابنة الحسين

كالسيد وكما لو أجرها ثم أراد السفر بها . ويحتمل ان له السفر بها لأنه مالك رقبتها كسيد العبد اذا زوجه ، وإن شرط الزوج أن تسلم إليه الأمة ليلا ونهاراً جاز وعليه نفقتها كلها وليس للسيد السفر بها لأنه لا حق له في بضعها

(فصل) ويستحب لمن أراد التزوج أن يختار ذات الدين لقول النبي ﷺ « تنكح المرأة لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك » متفق عليه ، ويختار البكر لقول رسول الله ﷺ « أتزوجت يا جابر ؟ » قال قلت نعم قال « بكراً أم ثيبا ؟ » قال قلت بل ثيبا قال « فهلا بكرا تلاعبها وتلاعبك؟» متفق عليه ، وعن عطاء عن النبي ﷺ انه قال « عليكم بالابكار فانهن أعذب أفواها وأنقى أرحاما» رواه الامام أحمد في رواية «وأنتق أرحاما وأرضى باليسير» ويستحب أن تكون من نساء يعرفن بكثرة الولادة لما روي عن أنس قال كان رسول الله ﷺ يأمر بالباءة وينهى عن التبتل نهيا شديدا ويقول « تزوجوا الودود الولود فاني مكاثر بكم الامم يوم القيامة» رواه سعيد ، وروى معقل بن يسار قال جاء رجل الى رسول الله ﷺ فقال « اني أصبت امرأة ذات حسب ومنصب الا انها لا تلد أفأتزوجها ؟ فنهاه ثم أتاه الثانية فنهاه ثم أتاه الثالثة فقال « تزوجوا الودود الولود فاني مكاثر بكم » رواه النسائي

وعن علي بن الحسين ان النبي ﷺ قال « يابني هاشم عليكم بنساء الأعاجم فالتمسوا أولادهن فان في أرحامهن البركة » ويختار الجميلة لانها أسكن لنفسه وأغض لبصره وأكمل لمودته ولذلك شرع

ابن علي وزوج مصعب بن الزبير اختها سكينة وزوجها أيضا عبد الله بن عثمان بن حكيم بن حزام وتزوج المقداد بن الاسود ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب وزوج أبو بكر رضي الله عنه أخته أم فروة الاشعث بن قيس وهما كنديان وتزوج أسامة بن زيد فاطمة بنت قيس الفهرية القرشية ، ولان العجم والموالي بعضهم لبعض أكفاء وان تفاضلوا وشرف بعضهم على بعض فكذلك العرب وهذه الرواية الصحيحة ان شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (وعنه ان الحرية والصناعة واليسار من شروط الكفاءة فلا تزوج حرة بعبد ولا بنت بزاز بحجام ولا بنت بان بحائك ولا موسرة بمعسرة)

أما الحرية فالصحيح أنها من شروط الكفاءة فلا يكون العبد كفؤا لحرة لان النبي صلى الله عليه وسلم خير بريرة حين عتقت تحت عبد فاذا ثبت الخيار بالحرية الطارئة فبالحرية المقارنة أولى ولان نقص الرق كبير وضرره بين فانه مشغول عن امرأته بحقوق سيده ولا ينفق نفقة الموسرين ولا ينفق على ولده وهو كالمعدوم بالنسبة إلى نفسه ولا يمنع صحة النكاح فان النبي صلى الله عليه وسلم قال لبريرة « لو راجعتيه » قالت يارسول الله أتأمرني ؟ قال « انما أنا شفيع » قالت : فلا حاجة لي فيه رواه البخاري ومراجعتها إياه ابتداء نكاح فان نكاحها قد انفسخ باختيارها ولا يشفع اليها النبي

النظر قبل النكاح . وقد روي عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن رسول الله ﷺ أنه قال « انما النساء لعب فاذا اتخذ أحدكم لعبة فليستحسنها »

وعن أبي هريرة قال قيل يارسول الله أي النساء خير ؟ قال « التي تسره إذا نظر وتطيعه إذا امر ولا تخالفه في نفسها ولا في ماله بما يكره » رواه النسائي . وعن يحيى بن جعدة أن رسول الله ﷺ قال « خير فائدة أفادها المرء المسلم بعد إسلامه امرأة جميلة تسره إذا نظر اليها وتطيعه إذا أمرها وتحفظه في غيبته في ماله ونفسها » رواه سعيد

ويختار ذات العقل ويجتنب الحمقاء لان النكاح يراد للعشرة ولا تصلح العشرة مع الحمقاء ولا يطيب العيش معها وربما تعدى ذلك إلى ولدها . وقد قيل اجتنبوا الحمقاء فان ولدها ضياع وصحبتها بلاء ، ويختار الحسيبة ليكون ولدها نجيبا فانه ربما أشبه أهلها ونزع اليهم . وكان يقال : إذا أردت أن تتزوج امرأة فانظر إلى أبيها وأخيها . وعن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ « تخيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء وانكحوا اليهم »

ويختار الاجنبية فان ولدها أنجب ولهذا يقال اغتربوا لا تضووا ، يعني انكحوا الغرائب كيلا تضعف أولادكم . وقال بعضهم : الغرائب أنجب وبنات العم أصبر . ولانه لا تؤمن العداوة في النكاح وإفضاؤه الى الطلاق فاذا كان في قرابته أفضى إلى قطيعة الرحم المأمور بصلتها والله أعلم

صلى الله عليه وسلم في أن تنكح عبداً إلا والنكاح صحيح

فأما اليسار ففيه روايتان (احداهما) هو شرط لقول النبي صلى الله عليه وسلم « الحسب المال » وقال « إن أحساب الناس بينهم هذا المال » وقال لفاطمة بنت قيس حين أخبرته أن معاوية خطبها « أما معاوية فصعلوك لا مال له » ولان على الموسرة ضرراً في اعسار زوجها لاخلاله بنفقتها ومؤونة أولاده ولهذا ملكت الفسخ باخلاله بالنفقة فكذلك إذا كان مقارنا ولان ذلك معدود نقصا في عرف الناس يتفاضلون فيه كتفاضلهم في النسب وأبلغ قال نبيه بن الحجاج السهمي

سالتاني الطلاق ان رأتاني قل مالي . قد جئتماني بنكر
ويكأن من له نسب يحبب ومن يفتقر يعش عيش ضر

فكان من شروط الكفاءة كالنسب (والثانية) ليس بشرط لان الفقر شرف في الدين ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « اللهم أحيني مسكيناً وأمتني مسكيناً » وليس هو لازما فأشبه العافية من المرض ، واليسار المعتبر ما يقدر به على الانفاق عليها حسب ما يجب لها ويمكنه اداء مهرها

وأما الصناعة ففيها أيضاً روايتان (احداهما) انها شرط فمن كان من أهل الصنائع الدنيئة كالحائك والحجام والحارس والكساح والدباغ والقيم والحامي والزبال فليس بكفء لبنات ذوي المروءات كأصحاب

﴿ باب مايحرم نكاحه والجمع بينه وغير ذلك ﴾

التحريم في النكاح ضربان: تحريم عين وتحريم جمع ، ويتنوع أيضا نوعين تحريم نسب وتحريم سبب والاصل في ذلك الكتاب والسنة والاجماع ، فأما الكتاب فقول الله تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم » والآية التي قبلها والتي بعدها ، وأما السنة فروى أبو هريرة عن رسول الله ﷺ انه قال « لا يجمع الرجل بين المرأة وعمتها ولا بينها وبين خالتها » متفق عليه .وعن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله ﷺ « ان الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة » أخرجه مسلم ، وأجمعت الامة على تحريم مانص الله تعالى على تحريمه

﴿ مسئلة ﴾ قال (والمحرمات نكاحهن بالانساب : الامهات والبنات والاخوات والعمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت ، والمحرمات بالاسباب :الامهات المرضعات والاخوات من الرضاعة وأمهات النساء وبنات النساء اللاتي دخل بهن وحلائل الابناء وزوجات الاب والجمع بين الاختين)

وجملة ذلك أن المنصوص على تحريمهن في الكتاب أربع عشرة: سبع بالنسب واثنتان بالرضاع وأربع بالمصاهرة وواحدة بالجمع ، فأما اللواتي بالنسب فأولاهن الامهات وهن كل من انتسبت اليها بولادة سواء وقع عليها أسم الام حقيقة وهي التي ولدتك أو مجازاً وهي التي ولدت من ولدك وإن علت من

الصنائع الجليلة كالتجارة والبناية لان ذلك نقص في عرف الناس فأشبه نقص النسب وقد جاء في حديث «العرب بعضهم لبعض أكفاء الاحائكا أو حجاما . »

قيل لاحمد وكيف تأخذ به وأنت تضعفه ؟قال العمل عليه · يعني أنه ورد موافقاً لاهل العرف . وروي أن ذلك ليس بنقص ويروى نحو ذلك عن أبي حنيفة لان ذلك ليس بنقص في الدين ولا هو لازما فأشبه الضعف والمرض . قال بعضهم :

ألا إنما التقوى هي العز والكرم وحبك للدنيا هو الذل والسقم
وليس على عبد تقي نقيصة إذا حقق التقوى وان حاك أو حجم

وأما السلامة من العيوب فليست من شروط الكفاءة فانه لا خلاف أنه لا يبطل النكاح بها ، ولكنها تثبت الخيار للمرأة دون الاولياء لان ضرره يختص بها ولوليها منعها من نكاح المجنون والابرص والمجذوم وما عدا هذا فليس بمعتبر في الكفاءة .

(فصل) ومن أسلم او أعتق من العبيد فهو كفء لمن له أبوان في الاسلام والحرية وقال أبو حنيفة ليس بكفء ، ولا يصح ذلك لان الصحابة أكثرهم أسلموا وكانوا أفضل الامة فلا يجوز أن يقال انهم غير أكفاء التابعين .

ذلك جدتاك أم أمك وأم أبيك وجدتا أمك وجدتا أبيك وجدات جداتك وجدات أجدادك وإن علوا وارثات كن أو غير وارثات كلهن أمهات محرمات

ذكر ابو هريرة هاجر أم اسماعيل فقال تلك أمكم يابني ماء السماء . وفي الدعاء اللهم صل على أبينا آدم وأمنا حواء . والبنات وهن كل أنثى انتسبت اليك بولادتك كابنة الصلب وبنات البنين والبنات وإن نزلت درجتهن وارثات أو غير وارثات كلهن بنات محرمات لقوله تعالى (وبناتكم) فان كل امرأة بنت آدم كما أن كل رجل ابن آدم قال الله تعالى (يابني آدم) والاخوات من الجهات الثلاث من الابوين أو من الاب أو من الام لقوله تعالى (وأخواتكم) ولاتفريع عليهن. والعمات أخوات الاب من الجهات الثلاث وأخوات الاجداد من قبل الاب ومن قبل الام قريبا كان الجد أو بعيداً وارثا أو غير وارث لقوله تعالى (وعماتكم) والخالات أخوات الام من الجهات الثلاث واخوات الجدات وإن علون وقد ذكرنا أن كل جدة أم فكذلك كل أخت لجدة خالة محرمة لقوله (وخالاتكم) وبنات الاخ كل امرأة انتسبت الى أخ بولادة فهي بنت أخ محرمة من أي جهة كان الاخ لقوله تعالى (وبنات الاخ) وبنات الاخت كذلك أيضا محرمات لقوله سبحانه (وبنات الاخت) فهؤلاء المحرمات بالانساب

(النوع الثاني) المحرمات بتحريم السبب وهو قسمان : رضاع ومصاهرة ، فأما الرضاع فالمنصوص على التحريم فيه اثنتان الامهات المرضعات وهن اللاتي أرضعنك وأمهاتهن وجداتهن وإن علت درجتهن على حسب

(فصل) وولد الزنا قد قيل انه كفء لذات نسب وعن أحمد أنه ذكر له أنه ينكح وينكح اليه فكأنه لم يحب ذلك لان المرأة تعير به هي وأولياؤها ويتعدى ذلك الى ولدها وليس هو كفؤاً للعربية بغير اشكال فيه لانه أدنى حالا من المولى .

(فصل) والموالي أكفاء بعضهم لبعض وكذلك العجم قال أحمد في رجل من بني هاشم له مولاة يتزوجها الخراساني وقول النبي صلى الله عليه وسلم « مولى القوم منهم » هو في الصدقة فأما في النكاح فلا وذكر القاضي رواية عن أحمد أن مولى القوم بكافئهم لهذا الخبر ولأن النبي صلى الله عليه وسلم زوج زيداً وأسامة عربيتين ولان موالي بني هاشم ساووهم في حرمان الصدقة فساووهم في الكفاءة ، وهذا لا يصح فانه يوجب أن يكون الموالي أكفاء للعرب فان المولى إذا كان كفؤا لسيده كان كفؤاً لمن يكافئه سيده فيبطل اعتبار المنصب ولهذا لا يساووهم في استحقاق الخمس ولا في الامامة ولا في الشرف، وأما زيد وأسامة فقد استدل بنكاحهما عربيتين على أن فقد الكفاءة لا يبطل النكاح واعتذر أحمد عن تزويجهما بانهما من كلب فهما عربيان وإنما طرأ عليهما رق فعلى هذا يكون حكم كل عربي الاصل كذلك .

(فصل) فأما أهل البدع فان أحمد قال في الرجل يزوج الجهمي يفرق بينهما وكذلك اذا زوج الواقفي إذا كان يخاصم ويدعو وإذا زوج أخته من هؤلاء اللفظية وقد كتب الحديث فهذا شر من جهمي يفرق بينهما وقال لا يزوج بنته من حروري مرق من الدين ولا من الرافضي ولا من القدري فاذا

ماذكرنا في النسب محرمات بقوله تعالى (وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة) كل امرأة أرضعتك أمها أو أرضعتها أمك أو أرضعتك وإياها امرأة واحدة أو ارتضعت أنت وهي من لبن رجل واحد كرجل له امرأتان لهما منه لبن أرضعتك احداهما وأرضعتها الاخرى فهي أختك محرمة عليك لقوله سبحانه (وأخواتكم من الرضاعة)

(القسم الثاني) تحريم المصاهرة والمنصوص عليه أربع: أمهات النساء فمن تزوج امرأة حرم عليه كل أم لها من نسب أو رضاع قريبة أو بعيدة بمجرد العقد نص عليه احمد وهو قول أكثر أهل العلم منهم ابن مسعود وابن عمر وجابر وعمران بن حصين وكثير من التابعين، وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وحكي عن علي رضي الله عنه أنها لاتحرم إلا بالدخول بابنتها كما لاتحرم ابنتها إلا بالدخول.

ولنا قول الله تعالى (وأمهات نسائكم) والمعقود عليها من نسائه فتدخل أمها في عموم الآية. قال ابن عباس أبهموا ماأبهم القرآن يعني عمموا حكمها في كل حال ولا تفصلوا بين المدخول بها وبين غيرها. وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال «من تزوج امرأة فطلقها قبل أن دخل بها لا بأس أن يتزوج ربيبته ولا يحل له ان يتزوج أمها» رواه ابو حفص باسناده، وقال زيد تحرم بالدخول أو بالموت لانه يقوم مقام الدخول وقد ذكرنا مايوجب التحريم مطلقاً سواء وجد الدخول

كان لايدعو فلا بأس وقال من لم يربع بعلي في الخلافة فلا تناكحوه ولا تكلموه قال القاضي المقلد منهم يصح تزويجه ومن كان داعية منهم فلا يصح تزويجه

(فصل) وانما تعتبر الكفاءة في الرجل دون المرأة فان النبي ﷺ لا مكافىء له وقد تزوج من أحياء العرب وتزوج صفية بنت حيي وتسرى بالاماء، وقال «من كانت عنده جارية فعلمها وأحسن تعليمها وأحسن اليها ثم أعتقها وتزوجها فله أجران» متفق عليه ولأن الولد يشرف بشرف أبيه لا بأمه فلم يعتبر ذلك في الام.

(باب المحرمات في النكاح)

وهن ضربان محرمات على الابد وهن أربعة أقسام:

(أحدها) المحرمات بالنسب وهن سبع ذكرهن الله سبحانه في قوله (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت) فأما الامهات فهن كل من انتسبت اليها بولادة سواء وقع عليها اسم الام حقيقة وهي التي ولدتك أو مجازا وهي التي ولدت من ولدتك وان علت ومن ذلك جدتا أم أمك وأم أبيك وجدتا أمك وجدتا أبيك وجدات جداتك وجدات أجدادك وان علون وارثات كن أو غير وارثات كلهن أمهات محرمات ذكر أبو هريرة هاجر أم اسماعيل فقال تلك أمكم يابني ماء السماء

او الموت أولا ولانها حرمت بالمصاهرة بقول مبهم فحرمت بنفس العقد كحليلة الابن والاب

(الثانية) بنات النساء اللاتي دخل بهن وهن الربائب فلا يحرمن إلا بالدخول بأمهاتهن وهن كل بنت للزوجة من نسب أو رضاع قريبة أو بعيدة وارثة أو غير وارثة على حسب ماذكرنا في البنات اذا دخل بالام حرمت عليه سواء كانت في حجره أو لم تكن في قول عامة الفقهاء إلا انه روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما رخصا فيها اذا لم تكن في حجره وهو قول داود لقول الله تعالى (وربائبكم اللاتي في حجوركم) قال ابن المنذر وقد أجمع علماء الامصار على خلاف هذا القول

وقد ذكرنا حديث عبد الله بن عمرو في هذا وقال النبي ﷺ لأم حبيبة «لا تعرضن علي بناتكن ولا اخواتكن» ولان التربية لا تأثير لها في التحريم كسائر المحرمات، فأما الآية فلم تخرج مخرج الشرط وإنما وصفها بذلك تعريفاً لها بغالب حالها وما خرج مخرج الغالب لا يصح التمسك بمفهومه . وان لم يدخل بالمرأة لم تحرم عليه بناتها في قول عامة علماء الامصار إذا بانت من نكاحه الا أن يموت قبل الدخول ففيه روايتان [احداهما] تحرم ابنتها وبه قال زيد بن ثابت وهي اختيار أبي بكر لان الموت أقيم مقام الدخول في تكميل العدة والصداق فيقوم مقامه في تحريم الربيبة (والثانية) لا تحرم وهو قول علي ومذهب عامة العلماء قال ابن المنذر وأجمع عوام علماء الامصار أن الرجل إذا تزوج المرأة ثم طلقها أو ماتت قبل الدخول بها جاز له أن يتزوج ابنتها كذلك قال مالك والثوري والاوزاعي

وفي الدعاء المأثور اللهم صل على أبينا آدم وأمنا حواء . والبنات وهن كل انثى انتسبت اليك بولادتك كابنة الصلب . وبنات البنين والبنات وان نزلت درجتهن وارثات أو غير وارثات كلهن بنات محرمات لقوله تعالى (وبناتكم) فان كل امرأة بنت آدم كما أن كل رجل ابن آدم قال الله تعالى (يابني آدم) والاخوات من الجهات الثلاث من الابوين أو من الاب أو من الام لقول الله تعالى (وأخواتكم) ولا تفريع عليهن . والعمات أخوات الاب من الجهات الثلاث وأخوات الاجداد من قبل الاب ومن قبل الام قريباً كان الجد او بعيداً وارثاً أو غير وارث لقول الله تعالى (وعماتكم) والخالات أخوات الام من الجهات الثلاث وأخوات الجدات وان علون وقد ذكرنا ان كل جدة أم فكذلك كل أخت لجدة خالة محرمة لقول الله تعالى (وخالاتكم) وبنات الاخ كل امرأة انتسبت الى أخ بولادته فهي بنت أخ محرمة من أي جهة كان الاخ لقول الله تعالى (وبنات الاخ)وبنات الاخت كذلك أيضا محرمات لقوله تعالى (وبنات الاخت) فهؤلاء المحرمات بالنسب

(فصل) ولا فرق بين النسب الحاصل بنكاح أو ملك يمين أو وطء شبهة أوحرام فتحرم عليه ابنته من الزنا لدخولها في عموم اللفظ ولأنها مخلوقة من مائة فحرمت كتحريم الزانية على ولدها وتحريم المنفية باللعان لأنها منفية ولاحتمال أن تكون ابنته وفيه اختلاف نذكره ان شاء الله تعالى

والشافعي وأحمد واسحاق وأبو ثور ومن تبعهم لان الله تعالى قال (من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) وهذا نص لا يترك لقياس ضعيف وحديث عبدالله ابن عمرو قد ذكرناه، ولانها فرقة قبل الدخول فلم تحرم الربيبة كفرقة الطلاق والموت لا يجري مجرى الدخول في الاحصان والاحلال وعدة الاقراء، وقيامه مقامه من وجه ليس بأولى من مفارقته إياه من وجه آخر ولو قام مقامه من كل وجه فلا يترك صريح نص الله تعالى ونص رسوله لقياس ولا غيره. إذا ثبت هذا فان الدخول بها هو وطؤها كنى عنه بالدخول فان خلا بها ولم يطأها لم تحرم ابنتها لانها غير مدخول بها، وظاهر قول الخرقي تحريمها لقوله فان خلا بها وقال لم أطأها وصدقته لم يلتفت إلى قولها وكان حكمها حكم الدخول في جميع أمورها إلا في الرجوع الى زوج طلقها ثلاثاً وفي الزنا فانهما يجلدان ولا يرجمان وسنذكره فيما بعد ان شاء الله (الثالثة) حلائل الابناء يعني أزواجهم سميت امرأة الرجل حليلة لانها محل إزار زوجها وهي محللة له، فيحرم على الرجل أزواج ابنائه وابناء بناته من نسب أو رضاع قريبا كان أو بعيداً بمجرد العقد لقوله تعالى (وحلائل ابنائكم) ولا نعلم في هذا خلافاً (الرابعة) زوجات الاب فتحرم على الرجل امرأة أبيه قريبا كان أو بعيداً وارثا كان أو غير وارث من نسب أو رضاع لقوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف) وقال البراء بن عازب لقيت خالي ومعه الراية فقلت أين تريد؟ قال أرسلني

(القسم الثاني) المحرمات بالرضاع فيحرم به ما يحرم من النسب سواء والذي ذكره الله تعالى اثنتان بقوله الله تعالى (وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم واخواتكم من الرضاعة) فالامهات اللاتي ارضعنك وأمهاتهن وجداتهن وإن علت درجتهن على حسب ما ذكرناه في النسب محرمات بالآية، وأما الاخوات فهي كل امرأة ارضعتك أمها أو ارضعتها أمك أو ارضعتك وإياها امرأة واحدة أو ارتضعت أنت وهي من لبن رجل واحد كرجل له امرأتان لهما منه لبن أرضعتك إحداهما وأرضعتها الاخرى فهي أختك محرمة عليك بالآية وكذلك كل امرأة حرمت عليك حرم مثلها من الرضاع كالعمة والخالة والبنت وبنت الاخ وبنت الاخت على ما ذكرنا لقول النبي ﷺ «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» متفق عليه وفي رواية لمسلم «الرضاع يحرم ما تحرم الولادة» ولان الامهات والاخوات منصوص عليهن والباقيات يقسن عليهن ولا نعلم في هذا خلافا

(القسم الثالث) تحريم المصاهرة وهن أربع: أمهات النساء فمن تزوج امرأة حرم عليه كل أم لها من نسب أو رضاع قريبة أو بعيدة بمجرد العقد نص عليه أحمد وهو قول أكثر أهل العلم منهم ابن مسعود وابن عمر وجابر وعمران بن حصين وكثير من التابعين وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وحكي عن علي رضي الله عنه أنها لا تحرم الا بالدخول بابنتها كما لا تحرم ابنتها الا بالدخول بها

ولنا قول الله تعالى (وأمهات نسائكم) والمعقود عليها من نسائه فتدخل أمها في عموم الآية قال

رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل تزوج امرأة أبيه من بعده ان اضرب عنقه أو أقتله رواه النسائي وفي رواية قال لقيت عمي الحارث بن عمرو ومعه الراية فذكر الخبر كذلك رواه سعيد وغيره وسواء في هذا امرأة أبيه أو امرأة جده لابيه وجده لأمه قرب أم بعد، وليس في هذا بين أهل العلم خلافا علمناه والحمد لله ، ويحرم عليه من وطئها أبوه أو ابنه بملك يمين أو شبهة كما يحرم عليه من وطئها في عقد نكاح قال ابن المنذر الملك في هذا والرضاع بمنزلة النسب، وممن حفظنا ذلك عنه عطاء وطاوس والحسن وابن سيرين ومكحول وقتادة والثوري والاوزاعي وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نحفظ عن أحد خلافهم (الضرب الثاني) تحريم الجمع والمذكور في الكتاب الجمع بين الاختين سواء كانتا من نسب أو رضاع حرتين كانتا أو أمتين أو حرة وأمة من أبوين كانتا أو من أب أو أم وسواء في هذا ما قبل الدخول أو بعده لعموم الآية فان تزوجهما في عقد واحد فسد لانه لا مزية لاحداهما على الاخرة وسواء علم بذلك حال العقد أو بعده فان تزوج إحداهما بعد الاخرى فنكاح الاولى صحيح لانه لم يحصل فيه جمع ونكاح الثانية باطل لان به يحصل الجمع وليس في هذا بحمد الله اختلاف وليس عليه تفريع

﴿ مسئلة ﴾ (ويحرم من الرضاع مايحرم من النسب)

كل امرأة حرمت من النسب حرم مثلها من الرضاع وهن الامهات والبنات والاخوات والعمات

ابن عباس ابهموا ما ابهم القرآن يعني عمموا حكمها في كل حال ولا تفصلوا بين المدخول بها وبين غيرها وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال « من تزوج امرأة فطلقها قبل ان يدخل بها لا بأس أن يتزوج ربيبته ولا يحل له أن يتزوج أمها » رواه أبو حفص باسناده وقال زيد تحرم بالدخول أو بالموت لانه يقوم مقام الدخول، وقد ذكرنا ما يوجب التحريم مطلقاً سواء وجد الدخول أو الموت أو لم يوجد ولأنها حرمت بالمصاهرة بقول مبهم فحرمت بنفس العقد كحليلة الابن والاب (الثانية) حلائل الآباء يعني أزواجهم سميت امرأة الرجل حليلة لأنها تحل ازار زوجها وهي محللة له فتحرم على الرجل امرأة ابيه قريباً كان أو بعيداً وارثاً أو غير وارث من نسب أو رضاع لقوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) وقال البراء بن عازب لقيت خالي ومعه الراية قال أرسلني رسول الله ﷺ الى رجل تزوج امرأة أبيه من بعده ان أضرب عنقه أو أقتله رواه النسائي وفي رواية لقيت عمي الحارث بن عمرو ومعه الراية وذكر الخبر رواه كذلك سعيد وغيره وسواء في هذا امرأة أبيه أو امرأة جده لابيه وجده لامه قرب أم بعد وليس في هذا بين أهل العلم اختلاف فيما علمنا وتحرم من وطئها أبوه بملك يمين او شبهة كما يحرم عليه من وطئها في عقد نكاح قال ابن المنذر الملك في هذا والرضاع بمنزلة النسب وممن حفظنا ذلك عنه عطاء وطاوس والحسن وابن سيرين ومكحول وقتادة

والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت على الوجه الذي شرحناه في النسب لقول النبي ﷺ « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » متفق عليه وفي رواية مسلم « الرضاع يحرم ماتحرم الولادة » وقال النبي ﷺ في درة بنت أبي سلمة « أنها لو لم تكن ربيبتي في حجري ماحلت لي ، أنها ابنة أخي من الرضاعة أرضعتني وإياها ثويبة » متفق عليه، لان الامهات والاخوات منصوص عليهن والباقيات يدخلن في عموم لفظ سائر المحرمات ولا نعلم في هذا خلافا

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولبن الفحل محرم)

معناه ان المرأة اذا أرضعت طفلا بلبن ثاب[1] من وطء رجل حرم الطفل على الرجل وأقاربه كما يحرم ولده من النسب لان اللبن من الرجل كما هو من المرأة فيصير الطفل ولد الرجل والرجل أباه ، وأولاد الرجل إخوته سواء كانوا من تلك المرأة أو من غيرها ، واخوة الرجل وأخواته أعمام الطفل وعماته، وآباؤه وأمهاته أجداده وجداته ، قال احمد لبن الفحل أن يكون للرجل امرأتان فترضع هذه صبية وهذه صبيا لايزوج هذا من هذا . وسئل ابن عباس عن رجل له جاريتان أرضعت إحداهما جارية والاخرى غلاما فقال لا، اللقاح واحد قال الترمذي هذا تفسير لبن الفحل وممن قال بتحريمه علي وابن عباس وعطاء وطاوس ومجاهد والحسن والشعبي والقاسم وعروة ومالك والثوري والاوزاعي

(١) كذا في الاصول

والثوري والاوزاعي وابو عبيد واصحاب الرأي ولا نحفظ عن أحد خلافهم (الثالثة) حلائل الابناء فتحرم على الرجل زوجة ابنه وابن ابنته من نسب أو رضاع قريباً كان أو بعيداً بمجرد العقد لقوله تعالى (وحلائل أبنائكم) ولا نعلم في هذا خلافا، ولا تحرم بناتهن فيحل له نكاح ربيبة ابنه وأبيه لقوله تعالى (وأحل لكم ماوراء ذلكم) (الرابعة) بنات النساء اللاتي دخل بهن وهن الربائب فلا يحرمن الا بالدخول بأمهاتهن وهن كل بنت للزوجة من نسب أو رضاع قريبة أو بعيدة وارثة أو غير وارثة على حسب ماذكرنا في البنات فاذا دخل بالام حرمت عليه سواء كانت في حجره أو لم تكن في حجره وهو قول داود لقوله تعالى(وربائبكم اللاتي في حجوركم) قال ابن المنذر وقد أجمع علماء الامصار علي خلاف هذا القول وذكرنا حديث عمرو بن شعيب في هذا وقال النبي ﷺ «لا تعرضن علي بناتكن ولا أخواتكن» ولان التربية لا تأثير لها في التحريم كسائر المحرمات ، فأما الآية فلم تخرج مخرج الشرط وانما وصفها بذلك تعريفاً لها بغالب حالها وما خرج مخرج الغالب لا يصح التمسك بمفهومه، وان لم يدخل بالمرأة لم تحرم عليه بناتها في قول عامة علماء الامصار اذا بانت من نكاحه

﴿ مسئلة ﴾ (فان متن قبل الدخول فهل تحرم بناتهن علي روايتين)

(احداهما) تحرم ابنتها وبه قال زيد بن ثابت وهي اختيار أبي بكر ولان الموت أقيم مقام الدخول في تكميل العدة والصداق فيقوم مقامه في تحريم الربيبة

والشافعي واسحاق وابن عبيد وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي قال ابن عبد البر واليه ذهب فقهاء الامصار بالحجاز والعراق والشام وجماعة أهل الحديث، ورخص في لبن الفحل سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن عبدالرحمن وسليمان بن يسار وعطاء بن يسار والنخعي وابو قلابة ويروى ذلك عن ابن الزبير وجماعة من أصحاب رسول الله ﷺ غير مسمين لان الرضاع من المرأة لامن الرجل ويروى عن زينب بنت أبي سلمة أنها أرضعتها أسماء بنت أبي بكر امرأة الزبير قالت وكان الزبير يدخل علي وأنا امتشط فيأخذ بقرن من قرون رأسي فيقول اقبلي علي فحدثيني أراه والداً وما ولد فهم إخوتي ثم ان عبدالله بن الزبير أرسل يخطب إلي أم كلثوم ابنتي على حمزة بن الزبير وكان حمزة للكلبية فقلت لرسوله وهل تحل له وانما هي ابنة أخيه فقال عبدالله انما أردت بهذا المنع لما قبلك أما ما ولدت أسماء فهم إخوتك وما كان من غير أسماء فليسوا لك باخوة فارسلي فسلي عن هذا فأرسلت فسألت وأصحاب رسول الله ﷺ متوافرون فقالوا لها ان الرضاعة من قبل الرجل لاتحرم شيئاً فأنكحتها إياه فلم تزل عنده حتى هلك عنها

ولنا ماروت عائشة رضي الله عنها ان أفلح أخا أبي القعيس استأذن علي بعد ما أنزل الحجاب فقلت والله لاآذن له حتى استأذن رسول الله ﷺ فان أخا أبي القعيس ليس هو أرضعني ولكن أرضعتني امرأة أبي القعيس فدخل علي رسول الله ﷺ فقلت يارسول الله إن الرجل ليس هو أرضعني

(والثانية) لا تحرم وهو قول علي وعامة العلماء قال ابن المنذر أجمع عوام علماء الامصار أن الرجل إذا تزوج المرأة ثم طلقها أو ماتت قبل أن يدخل بها حل له أن يتزوج ابنتها كذلك قال مالك و الثوري والاوزاعي والشافعي وأحمد واسحاق وأبو ثور ومن تبعهم لان الله تعالى قال (فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) وهذا نص لا يترك بقياس ضعيف وقد ذكرنا حديث عمرو بن شعيب ولانها فرقة قبل الدخول فلم تحرم الربيبة كفرقة الطلاق والموت لا يجري مجرى الدخول في الاحصان والاحلال وقيامه مقامه من وجه ليس بأولى من مفارقته اياه من وجه آخر ولو قام مقامه من كل وجه فلا يترك نص الله تعالى ولا نص رسوله لقياس ولا غيره، اذا ثبت هذا فان الدخول بها وطؤها كنى عنه بالدخول فان خلا بها ولم يطأها لم تحرم ابنتها لانها غير مدخول بها

(مسئلة) (ويثبت تحريم المصاهرة بالوطء الحلال والحرام)

فاذا زنى بامرأة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها كما لو وطئها بشبهة أو حلالا ولو وطىء أم امرأته او ابنتها حرمت عليه امرأته نص احمد على هذا في رواية جماعة وروي نحو ذلك عن عمران بن حصين وبه قال الحسن وطاوس ومجاهد والشعبي والنخعي والثوري واسحاق واصحاب الراي وروي عن ابن عباس ان وطء الحرام لا يحرم وبه قال سعيد بن المسيب ويحيى بن يعمر وعروة والزهري ومالك والشافعي وابو ثور وابن المنذر لما روي عن النبي ﷺ انه قال « لا يحرم الحرام

ولكن أرضعتني امرأته قال «ائذني له فانه عمك تربت يمينك» قال عروة فبذلك كانت عائشة تأخذ بقول « حرموا من الرضاع ما يحرم من النسب » متفق عليه وهذا نص قاطع في محل النزاع فلا يعول على ما خالفه فأما حديث زينب فان صح فهو حجة لنا فان الزبير كان يعتقد أنها ابنته وتعتقده أباها والظاهر أن هذا كان مشهوراً عندهم وقوله مع اقرار أهل عصره أولى من قول ابنه وقول قوم لا يعرفون

﴿ مسئلة ﴾ قال (والجمع بين المرأة وبين عمتها وبينها وبين خالتها)

قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على القول به وليس فيه بحمد الله اختلاف إلا أن بعض أهل البدع ممن لا تعد مخالفته خلافا وهم الرافضة والخوارج لم يحرموا ذلك ولم يقولوا بالسنة الثابتة عن رسول الله ﷺ وهي ما روى أبو هريرة قال قال رسول الله ﷺ « لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها » متفق عليه وفي رواية أبي داود « لا تنكح المرأة على عمتها ولا العمة على بنت أخيها ولا المرأة على خالتها ولا الخالة على بنت أختها ، لا تنكح الكبرى على الصغرى ولا الصغرى على الكبرى » ولان العلة في تحريم الجمع بين الاختين إيقاع العداوة بين الاقارب وإفضاؤه الى قطيعة الرحم المحرم وهذا موجود فيما ذكرناه فان احتجوا بعموم قوله سبحانه (وأحل لكم ما وراء ذلكم) خصصناه بما رويناه وبلغنا أن رجلين من الخوارج أتيا عمر بن عبد العزيز فكان مما أنكرا عليه رجم

الحلال » ولانه وطء لا تصير به الموطوءة فراشاً كوطء الصغيرة

ولنا قوله سبحانه (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) والوطء يسمى نكاحا قال الشاعر * اذا زنيت فاجد نكاحا * فيدخل في عموم الآية وفي الآية قرينة تصرفه الى الوطء وهو قوله سبحانه (انه كان فاحشة ومقتاً وساء سبيلا) وهذا التغليظ انما يكون في الوطء وروي عن النبي ﷺ انه قال « لا ينظر الله عز وجل الى رجل نظر الى فرج امرأة وابنتها » وروى الجوزجاني باسناده عن وهب بن منبه قال ملعون من نظر امراة وابنتها فذكرته لسعيد بن المسيب فأعجبه ، ولان ما تعلق من التحريم بالوطء تعلق بالمحظور كوطء الحائض ولان النكاح عقد يفسده الوطء بالشبهة فأفسده الوطء الحرام كالاحرام وحديثهم لا تعرف صحته وانما هو من كلام ابن اشوع بعض قضاة العراق كذلك قال احمد وقيل انه من قول ابن عباس ووطء الصغيرة ممنوع لم يبطل بوطء الشبهة

(فصل) والوطء على ثلاثة اضرب : مباح وهو الوطء من نكاح صحيح او ملك يمين فيتعلق به تحريم المصاهرة بالاجماع ويصير محرما لمن حرمت عليه لانها حرمت عليه على التأبيد بسبب مباح اشبه النسب (الثاني) الوطء بالشبهة وهو الوطء في نكاح فاسد او شراء فاسد او وطء امراة ظنها امرأته أو امته اووطء الامة التي فيها شرك واشباه ذلك فيتعلق به التحريم كتعلقه بالوطء المباح اجماعا قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان الرجل اذا وطيء امراة بنكاح فاسد

الزاني وتحريم الجمع بين المراة وعمتها وبينها وبين خالتها وقالا ليس هذا في كتاب الله تعالى فقال لهما: كم فرض الله عليكم من الصلاة؟ قالا خمس صلوات في اليوم والليلة وسألهما عن عدد ركعاتها فأخبراه بذلك وسألهما عن مقدار الزكاة ونصبها فأخبراه فقال فهل تجدان ذلك في كتاب الله؟ قالا لا نجده في كتاب الله قال فمن أين صرتما إلى ذلك؟ قالا فعله رسول الله ﷺ والمسلمون بعده قال فكذلك هذا. ثم لا فرق بين الخالة والعمة حقيقة أو مجازاً كعمات آبائها وخالاتهم وعمات أمهاتها وخالاتهن وان علت درجتهن من نسب كان ذلك أو من رضاع، لكل شخصين لايجوز لاحدهما أن يتزوج الآخر لو كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى لاجل القرابة لا يجوز الجمع بينهما لتأدية ذلك الى قطيعة الرحم القريبة لما في الطباع من التنافس والغيرة بين الضرائر، ولا يجوز الجمع بين المراة وأمها في العقد لما ذكرناه ولان الام الى ابنتها أقرب من الاختين فاذا لم يجمع بين الاختين فالمراة وابنتها أولى

(فصل) ولا يحرم الجمع بين ابنتي العم وابنتي الخال في قول عامة أهل العلم لعدم النص فيهما بالتحريم ودخولهما في عموم قوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ولان احداهما تحل لها الاخرى لو كانت ذكراً، وفي كراهة ذلك روايتان (احداهما) يكره روي ذلك عن ابن مسعود وبه قال جابر بن زيد وعطاء والحسن وسعيد بن عبدالعزيز وروى أبو حفص باسناده عن عيسى بن طلحة قال نهى رسول الله ﷺ « أن تزوج المرأة على ذي قرابتها كراهية القطيعة » ولانه مفض الى قطيعة الرحم

أو شراء فاسد أنها تحرم على ابيه وابنه واجداده وولد ولده وهذا مذهب مالك والاوزاعي والشافعي واحمد. واسحاق وابي ثور واصحاب الرأي لانه وطء يلحق به النسب فأثبت التحريم كالوطء المباح ولا يصير به الرجل محرما لمن حرمت عليه ولا يباح له النظر اليها بذلك والوطء ليس بمباح والمحرمية تتعلق بكمال حرمة الوطء لانها اباحة ولان الموطوءة لم يستبح النظر اليها فلأن لا يستبيح النظر الى غيرها أولى (الثالث) الحرام المحض وهو الزنا فيثبت به التحريم على الخلاف المذكور ولا تثبت به المحرمية ولا إباحة النظر لأنها اذا لم تثبت بوطء الشبهة فبالحرام المحض أولى ولا يثبت به النسب ولا يجب به المهر بالمطاوعة اذا كانت حرة

(فصل) ويستوى في ذلك الوطء في القبل والدبر لانه يتعلق به التحريم اذا وجد في الزوجة والامة فكذلك في الزنا

﴿ مسئلة ﴾ (فان كانت الموطوءة ميتة أو صغيرة لا يوطأ مثلها فعلى وجهين)

أحدهما ان وطء الميتة ينشر الحرمة لانه معنى ينشر الحرمة المؤبدة فلم يختص بالحياة كالرضاع والثاني لا ينشرها وهو قول ابي حنيفة والشافعي لانه ليس بسبب للبضعية ولان التحريم معلق باستيفاء منفعة الوطء والموت يبطل المنافع وأما الرضاع فيحرم ما يحصل به من انبات اللحم وانشاز العظم وهذا يحصل من لبن الميتة ، وفي وطء الصغيرة أيضاً وجهان (أحدهما) ينشر وهو قول أبي يوسف

المأمور بصلتها فأقل أحواله الكراهة (والاخرى) لايكره وهو قول سليمان بن يسار والشعبي وحسين بن حسن والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبي عبيد لأنه ليست بينهما قرابة تحرم الجمع فلا يقتضي كراهته كسائر الاقارب .

(مسئلة) قال (واذا عقد على المرأة ولم يدخل بها فقد حرمت على ابنه وأبيه وحرمت عليه أمها ، والجد وان علا فيما قلت بمنزلة الاب وابن الابن فيه وان سفل بمنزلة الابن)

وجملة ذلك أن المرأة اذا عقد الرجل عقد النكاح عليها حرمت على أبيه بمجرد العقد عليها لقول الله تعالى (وحلائل ابنائكم) وهذه من حلائل ابنائه وتحرم على أبيه لقوله سبحانه (ولا تنكحوا مانكح آباؤكم) وهذه قد نكحها أبوه ، وتحرم أمها عليه لقوله سبحانه (وأمهات نسائكم) وهذه منهن وليس في هذا اختلاف بحمد الله الا شيء ذكرناه فيما تقدم ، والجد كالاب في هذا وابن الابن كالابن فيه لانهم يدخلون في اسم الآباء والابناء وسواء في هذا القريب والبعيد والوارث وغيره من قبل الاب والام ومن ولد البنين أو ولد البنات وقد تقدم ذلك

لانه وطء لآدمية حية في القبل اشبه وطء الكبير (والثاني) لاينشرها وهو قول أبي حنيفة لانه ليس بسبب للبضعية اشبه وطء الميتة

(مسئلة) (وان باشر امرأة أو نظر الى فرجها أوخلابها لشهوة فعلى روايتين)

اذا باشر فيما دون الفرج لغير شهوة لم ينشر الحرمة بغير خلاف نعلمه وان كان لشهوة وكان في أجنبية لم ينشر الحرمة ايضا قال الجوزجاني سألت أحمد عن رجل نظر الى ام امرأته من شهوة أو قبلها اوباشرها فقال انا أقول لايحرم شيء من ذلك الا الجماع وكذلك نقل أحمد بن القاسم واسحاق بن منصور وان كانت المباشرة لامرأة محللة له كامرأته ومملوكته لم تحرم عليه ابنتها قال ابن عباس لايحرم الربيبة الا الجماع وبه قال طاوس وعمرو بن دينار لان الله تعالى قال (فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) وهذا ليس بدخول فلا يترك النص الصريح من أجله . وأما تحريم امها وتحريمها على أبي الرجل المباشر لها وابنه فانها في النكاح تحرم بمجرد العقد قبل المباشرة ولايظهر للمباشرة أثر ، وأما الامة فمتى باشرها دون الفرج لشهوة فهل يثبت تحريم المصاهرة ؟ فيه روايتان (احداهما) ينشرها وروي ذلك عن ابن عمر وابن عمرو ومسروق وبه قال القاسم والحسن ومكحول والنخعي والشعبي ومالك والاوزاعي وأبو حنيفة وعلي بن المديني وهو أحد قولي الشافعي لانه نوع استمتاع فيتعلق به تحريم المصاهرة كالوطء (والثانية) لايثبت بها التحريم لانها ملامسة ولاتوجب الغسل فلم يثبت بها التحريم كما لو لم تكن شهوة ولان ثبوت التحريم اما ان يكون بنص أوقياس على المنصوص ولا نص في هذا ولا

﴿ مسئلة ﴾ قال (وكل من ذكرنا من المحرمات من النسب والرضاع فبناتهن في التحريم كهن إلا بنات العمات والخالات وبنات من نكحهن الآباء والابناء فانهن محللات وكذلك بنات الزوجة التي لم يدخل بها)

وجملة ذلك أن كل محرمة تحرم ابنتها لتناول التحريم لها فالامهات تحرم بناتهن لانهن أخوات أو عمات أو خالات والبنات يحرم بناتهن لانهن بنات، ويحرم بنات الاخوات وبناتهن لانهن بنات الاخت وكذلك بنات بنات الاخ الا بنات العمات والخالات فلا يحرمن بالاجماع لقول الله تعالى (وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك) فأحلهن الله لنبيه عليه السلام، ولانهن لم يذكرن في التحريم فيدخلن في قول الله تعالى (وأحل لكم ماوراء ذلكم) وكذلك لايحرم بنات زوجات الآباء والابناء لانهن حرمن لكونهن حلائل الآباء والابناء ولم يوجد ذلك في بناتهن ولا وجدت فيهن علة أخرى تقتضي تحريمهن فدخلن في قوله سبحانه (وأحل لكم ما وراء ذلكم) وكذلك بنات الزوجة التي لم يدخل بها محللات لقوله سبحانه (فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) وهن الربائب وليس هؤلاء ممن حرمت أمهن وانما ذكرها لانها محلة فيشتبه حكمها، فان قيل: لم حرمت ابنة الربيبة ولم تحرم ابنة حليلة الابن؟ قلنا لان ابنة الربيبة ربيبة وابنة الحليلة ليست حليلة. ولان علة تحريم الربيبة

هو في معنى المنصوص عليه ولا المجمع عليه فان الوطء يتعلق به من الاحكام استقرار المهر والاحصان والاغتسال والعدة وافساد الاحرام والصيام بخلاف اللمس وذكر أصحابنا الروايتين في جميع الصور من غير تفصيل قال شيخنا وهذا الذي ذكرنا اقرب للصواب ان شاء الله تعالى

(فصل) ومن نظر الى فرج امرأة لشهوة نهو كلمسها لشهوة فيه أيضا روايتان (إحداهما) ينشر الحرمة في موضع ينشرها اللمس روي عن عمر وابن عمر وعامر بن ربيعة وكان بدريا وعبدالله بن عمرو فيمن يشتري الخادم ثم يجردها أو يقبلها لايحل لابيه وطؤها وهو قول القاسم والحسن ومجاهد ومكحول وحماد بن أبي سليمان وأبي حنيفة لما روى عبدالله بن مسعود عن النبي ﷺ انه قال «من نظر الى فرج امرأة لم تحل له امها وبنتها» — وفي رواية — «لا ينظر الله الى رجل نظر الى فرج امرأة وابنتها» والثانية لايتعلق به التحريم وهو قول الشافعي وأكثر أهل العلم لقوله تعالى (وأحل لكم ماوراء ذلكم) ولانه نظر من غير مباشرة فلم يوجب التحريم كالنظر الى الوجه والخبر ضعيف قال الدار قطني: وقيل هو موقوف على ابن مسعود ثم يحتمل انه كنى بذلك عن الوطء وأما النظر الى سائر البدن فلا ينشر حرمة وقال بعض اصحابنا لافرق بين النظر الى الفرج وسائر البدن لشهوة والصحيح خلاف هذا فان غير الفرج لا يقاس عليه لما بينهما من الفرق ولاخلاف نعلمه في ان النظر الى الوجه لا يثبت الحرمة فكذلك غيره ولاخلاف أيضا

انه يشق التحرز من النظر اليها والخلوة بها بكونها في حجره في بيته ، وهذا المعنى يوجد في بنتها وان سفلت والحليلة حرمت بنكاح الاب والابن لها ولا يوجد ذلك في ابنتها

﴿ مسئلة ﴾ قال (ووطء الحرام محرم كما يحرم وطء الحلال والشبهة)

يعني انه يثبت به تحريم المصاهرة فاذا زنا بامرأة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها كما لو وطئها بشبهة أو حلالا ، ولو وطيء أم امرأته أو بنتها حرمت عليه امرأته نص أحمد على هذا في رواية جماعة ، وروي نحو ذلك عن عمران بن حصين وبه قال الحسن وعطاء وطاوس ومجاهد والشعبي والنخعي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي

وروي عن ابن عباس ان وطء الحرام لا يحرم وبه قال سعيد بن المسيب ويحيى بن يعمر وعروة والزهري ومالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر لما روي عن النبي ﷺ انه قال « لا يحرم الحرام الحلال » ولانه وطء لا تصير به الموطوءة فراشا فلا يحرم كوطء الصغيرة

ولنا قوله تعالى (ولا تنكحوا مانكح آباؤكم من النساء) والوطء يسمى نكاحا ، قال الشاعر * إذا زنيت فأجد نكاحا * فحمل في عموم الآية وفي الآية قرينة تصرفه الى الوطء وهو قوله سبحانه وتعالى (انه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا) وهذا التغليظ انما يكون في الوطء ، وروي عن

في ان النظر الى الوجه لا يثبت الحرمة فكذلك غيره ولا خلاف أيضاً ان النظر اذا وقع من غير شهوة لا ينشر الحرمة لان اللمس الذي هو أبلغ منه لا يؤثر اذا لم يكن لشهوة فالنظر أولى وموضع الخلاف في اللمس والنظر فيمن بلغت تسع سنين فما زاد فاما الطفلة فلا يثبت فيها ذلك وقد روي عن احمد في بنت سبع اذا قبلها حرمت امها قال القاضي هذا عندي محمول على السن الذي توجد معه الشهوة

(فصل) فان نظرت المرأة الى فرج رجل لشهوة فحكمه في التحريم حكم نظره اليها نص عليه أحمد لانه معنى يوجب التحريم فاستوى فيه الرجل والمرأة كالجماع وكذلك ينبغي ان يكون حكم لمسها له وقبلتها اياه لشهوة لما ذكرنا

(فصل) والصحيح ان الخلوة بالمرأة لا تنشر الحرمة وقد روي عن أحمد : اذا خلا بالمرأة وجب الصداق والعدة ولا يحل له ان يتزوج امها وابنتها قال القاضي هذا محمول على انه حصل مع الخلوة مباشرة فيخرج كلامه على احدى الروايتين اللتين ذكرناهما فاما مع خلوه من ذلك فلا يؤثر في تحريم الربيبة لما في ذلك من مخالفة قوله تعالى (فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) وأما الخلوة بأجنبية أو أمته فلا ينشر تحريما لا نعلم في ذلك خلافاً

﴿ مسئلة ﴾ (ومن يلوط بغلام حرم على كل واحد منهما ام الآخر وابنته)

قاله بعض أصحابنا قال ونص عليه أحمد وهو قول الاوزاعي لانه وطء في الفرج فنشر الحرمة

النبي ﷺ انه قال « لا ينظر الله الى رجل نظر الى فرج امرأة وابنتها » وروى الجوزجاني باسناده عن وهب بن منبه قال «ملعون من نظر الى فرج امرأة وابنتها» فذكرته لسعيد بن المسيب فأعجبه . ولان ماتعلق من التحريم بالوطء المباح تعلق بالمحظور كوطء الحائض ولان النكاح عقد يفسده الوطء بالشبهة فأفسده الوطء الحرام كالاحرام ، وحديثهم لا نعرف صحته وانما هو من كلام ابن أشوع بعض قضاة العراق كذلك قال الامام أحمد . وقيل انه من قول ابن عباس ووطء الصغيرة ممنوع ثم يبطل بوطء الشبهة

(فصل) والوطء على ثلاثة أضرب : مباح وهو الوطء في نكاح صحيح أو ملك يمين فيتعلق به تحريم المصاهرة بالاجماع ويعتبر محرما لمن حرمت عليه لانها حرمت عليه على التأبيد بسبب مباح أشبه النسب (الثاني) الوطء بالشبهة وهو الوطء في نكاح فاسد أو شراء فاسد أو وطء امرأة ظنها امرأته أو أمته أو وطء الامة المشتركة بينه وبين غيره وأشباه هذا فهذا يتعلق به التحريم كتعلقه بالوطء المباح إجماعا ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من علماء الامصار على أن الرجل اذا وطىء امرأة بنكاح فاسد أو بشراء فاسد انها تحرم على ابيه وابنه وأجداده وولد ولده وهذا مذهب مالك والاوزاعي والثوري والشافعي وأحمد واسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي ، ولانه وطء يلحق به النسب فأثبت التحريم كالوطء المباح ولا يصير الرجل محرما لمن حرمت عليه ولا يباح له بها النظر اليها لان الوطء ليس بمباح ولان المحرمية تتعلق بكمال حرمة الوطء لانها اباحة ولان الموطوءة لم يستبح النظر اليها فلان لا يستبيح النظر الى غيرها أولى

كوطء المرأة ولانها بنت من وطئه او أمه فحرمتا عليه كما لو كانت الموطوءة انثى وقال ابو الخطاب يكون كالمباشرة فيما دون الفرج فيكون فيه الروايتان والصحيح ان هذا لاينشر الحرمة فان هؤلاء غير منصوص عليهن في التحريم فيدخل في عموم قوله تعالى (وأحل لكم ماوراء ذلكم) ولانهن غير منصوص عليهن ولاهو في معنى المنصوص عليه فوجب ان لا يثبت حكم التحريم فيهن فان المنصوص عليهن في هذا حلائل الابناء ومن نكحهن الآباء وامهات النساء وبناتهن وليس هؤلاء منهن ولا في معناهن ولان الوطء في المرأة يكون سبباً للبضعية ويوجب المهر ويلحق به النسب وتصير به المرأة فراشا وتثبت احكاماً لايثبتها اللواط فلا يجوز الحاقه بهن لعدم العلة وانقطاع الشبه ولذلك لو أرضع الرجل طفلا لم يثبت به حكم التحريم فههنا أولى وان قدر بينهما شبه من وجه ضعيف فلا يجوز تخصيص عموم الكتاب به واطراح النص بمثله

(فصل) ويحرم على الرجل نكاح ابنته من الزنا واخته وبنت ابنه وبنت بنته وبنت أخيه واخته من الزنا في قول عامة الفقهاء وقال مالك والشافعي في المشهور من مذهبه يجوز له لانها اجنبية منه ولا تنسب اليه شرعا ولايجرى التوارث بينهما ولا تعتق عليه اذا ملكها ولا يلزمه نفقتها فلم تحرم عليه كسائر الاجانب

(الثالث) الحرام المحض وهو الزنا فيثبت به التحريم على الخلاف المذكور ولا تثبت به المحرمية ولا إباحة النظر لانه اذا لم يثبت بوطء الشبهة فالحرام المحض أولى ولا يثبت به نسب ولا يجب به المهر اذا طاوعته فيه .

(فصل) ولا فرق فيما ذكرنا بين الزنا في القبل والدبر لانه يتعلق به التحريم فيما اذا وجد في الزوجة والامة فكذلك في الزنا فان تلوط بغلام فقال بعض أصحابنا يتعلق به التحريم أيضا فيحرم على اللائط أم الغلام وابنته وعلى الغلام أم اللائط وابنته قال ونص عليه أحمد وهو قول الاوزاعي لانه وطء في الفرج فنشر الحرمة كوطء المرأة ولانها بنت من وطئه وأمه فحرمتا عليه كما لو كانت الموطوءة أنثى . وقال ابو الخطاب يكون ذلك كالمباشرة دون الفرج يكون فيه روايتان والصحيح أن هذا لا ينشر الحرمة فان هؤلاء غير منصوص عليهن في التحريم فيدخلن في عموم قوله تعالى (وأحل لكم ماوراء ذلكم) ولانهن غير منصوص عليهن ولا في معنى المنصوص عليه فوجب أن لا يثبت حكم التحريم فيهن فان المنصوص عليهن في هذا حلائل الابناء ومن نكحهن الاباء وأمهات النساء وبناتهن وليس هؤلاء منهن ولا في معناهن لان الوطء في المرأة يكون سببا للبضعية ويوجب المهر ويلحق به النسب وتصير به المرأة فراشا ويثبت أحكاما لا يثبتها اللواط فلا يجوز إلحاقه بهن لعدم العلة وانقطاع الشبه ولذلك لو أرضع الرجل طفلا لم يثبت به حكم التحريم فههنا أولى ، وإن قدر بينهما شبه من وجه ضعيف فلا يجوز تخصيص عموم الكتاب به واطراح النص بمثله

ولنا قوله تعالى (حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم) وهذه بنته فانها مخلوقة من مائه وهذه حقيقة لاتختلف بالحل والحرمة ومما يدل على ذلك قول النبي ﷺ في امرأة هلال بن امية انظروه « يعني ولدها - فان جاءت به على صفة كذا فهو لشريك بن سحماء » يعني الزاني ولانها مخلوقة من مائه فاشبهت المخلوقة من وطء الشبهة ولانها بضعة منه فلم تحل له كبنته من النكاح وتخلف بعض الاحكام لاينفي كونها بنتا كما لو تخلف لرق او اختلاف دين اذا ثبت هذا فلا فرق بين علمه بكونها منه مثل ان يطأ امرأة في طهر لم يصبها فيه غيره ثم يحفظها حتى تضع أو يشترك جماعة في وطء امرأة فتأتي بولد لايعلم هل هو منه أومن غيره ؟ فانه يحرم على جميعهم لوجهين احدهما انها بنت موطوءتهم الثاني انا نعلم انها بنت بعضهم فتحرم على الجميع كما لو زوج الوليان ولم يعلم السابق منهما وتحرم على أولادهم لانها ابنة بعضهم غير معلوم فان الحقتها القافة بأحدهم حلت لاولاد الباقين

(القسم الرابع) الملاعنة تحرم على الملاعن على التأبيد أما اذا لم يكذب نفسه فلا نعلم أحداً قال بخلاف ذلك الا قولا شاذا فان كذب نفسه فالمشهور في المذهب انها باقية على التحريم المؤبد

وعن أحمد رواية شاذة أنها تحل له وتعود فراشا له إذا لم يكن وجد منه مايثبتها لانه رجع عن المعنى المحرم فزال التحريم ولذلك يحد ويلحقه نسب الولد وهذه الرواية شذ بها حنبل عن أصحابه وتفرد بها

(فصل) ويحرم على الرجل نكاح بنته من الزنا وأخته وبنت ابنه وبنت بنته وبنت أخيه وأخته من الزنا وهو قول عامة الفقهاء ، وقال مالك والشافعي في المشهور من مذهبه يجوز ذلك كله لأنها أجنبية منه ولا تنسب اليه شرعا ولا يجري التوارث بينهما ولا تعتق عليه اذا ملكها ولا تلزمه نفقتها فلم تحرم عليه كسائر الاجانب .

ولنا قول الله تعالى (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم) وهذه بنته فانها أنثى مخلوقة من مائه هذه حقيقة لاتختلف بالحل والحرمة ويدل على ذلك قول النبي ﷺ في امرأة هلال بن أمية « انظروه يعني ولدها فان جاءت به على صفة كذا فهو لشريك بن سحماء » يعني الزاني، لانها مخلوقة من مائه، هذه حقيقة لا تختلف بالحل والحرمة فأشبهت المخلوقة من وطء بشبهة ولانها بضعة منه فلم تحل له كبنته من النكاح وتخلف بعض الاحكام لا ينفي كونها بنتا كما لو تخلف لرق أو اختلاف دين . اذا ثبت هذا فلا فرق بين علمه بكونها منه مثل أن يطأ امرأة في طهر لم يصبها فيه غيره ثم يحفظها حتى تضع أو مثل أن يشترك جماعة في وطء امرأة فتأتي بولد لا يعلم هل هو منه أو من غيره ؟ فانها تحرم على جميعهم لوجهين

(أحدهما) انها بنت موطوءتهم (والثاني) أننا نعلم انها بنت بعضهم فتحرم على الجميع كما لو زوج الوليان ولم يعلم السابق منهما وتحرم على أولادهم لانها أخت بعضهم غير معلوم فان ألحقتها القافة بأحدهم حلت لاولاد الباقين ولم تحل لاحد ممن وطيء أمها لانها في معنى ربيبته

والعمل على الرواية الاولى وهذا يذكر في باب اللعان مبسوطاً إن شاء الله تعالى .

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (الضرب الثاني المحرمات إلى أمد وهن نوعان)

(أحدهما) المحرمات لاجل الجمع فيحرم الجمع بين الاختين سواء كانتا من نسب أو رضاع حرتين كانتا أو أمتين أو حرة وأمة من أبوين كانتا أو من أب أو أم وسواء في هذا ماقبل الدخول أو بعده لعموم قوله تعالى (وان تجمعوا بين الاختين)

(مسئلة) (ويحرم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها)

قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على القول به وليس بحمد الله اختلاف إلا أن بعض أهل البدع ممن لا تعد مخالفته خلافاً وهم الرافضة ، والخوارج لم يحرموا ذلك ولم يقولوا بالسنة الثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي ماروى أبو هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تجمعوا بين المرأة وعمتها ، ولا بين المرأة وخالتها » متفق عليه ، وفي رواية أبي داود « لا تنكح المرأة على عمتها ولا العمة على بنت أختها ولا المرأة على خالتها ولا الخالة على بنت أختها، لا تنكح الكبرى على الصغرى ولا الصغرى على الكبرى » ولان العلة في تحريم الجمع بين الاختين إيقاع العداوة بين الاقارب وافضاؤه إلى قطيعة الرحم المحرم ، فان احتجوا بعموم قوله سبحانه (وأحل لكم ما وراء ذلكم) خصصناه بما رويناه وبلغنا أن رجلين من الخوارج أتيا عمر بن عبدالعزيز فكان مما أنكرا عليه رجم الزانيين والجمع

(فصل) ووطء الميتة يحتمل وجهين (أحدهما) ينشر الحرمة لانه معنى ينشر الحرمة المؤبدة فلم يختص بالحياة كالرضاع (والثاني) لا ينشرها وهو قول أبي حنيفة والشافعي لانه ليس بسبب للبضعية ولان التحريم يتعلق باستيفاء منفعة الوطء والموت يبطل المنافع، وأما الرضاع فيحرم لما يحصل به من انبات اللحم وانشاز العظم وهذا يحصل من لبن الميتة وفي وطء الصغيرة أيضاً وجهان (أحدهما) ينشرها وهو قول أبي يوسف لانه وطء لآدمية حية في القبل أشبه وطء الكبيرة (والثاني) لا ينشرها وهو قول أبي حنيفة لانه ليس بسبب للبضعية أشبه وطء الميتة

(فصل) فأما المباشرة فيما دون الفرج فان كانت لغير شهوة لم تنشر الحرمة بغير خلاف نعلمه، وان كانت لشهوة وكانت في أجنبية لم تنشر الحرمة أيضاً قال الجوزجاني سألت أحمد عن رجل نظر إلى أم امرأته في شهوة أو قبلها أو باشرها فقال أنا أقول لا يحرمه شيء من ذلك إلا الجماع وكذلك نقل احمد بن القاسم وإسحاق بن منصور، وان كانت المباشرة لامرأة محللة له كامرأته أو مملوكته لم تحرم عليه ابنتها. قال ابن عباس لا يحرم الربيبة إلا جماع أمها وبه قال طاوس وعمرو بن دينار لان الله تعالى قال (فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) وهذا ليس بدخول فلا يجوز ترك النص الصريح من أجله، وأما تحريم أمها وتحريمها على أبي المباشر لها وابنه فانها في النكاح تحرم بمجرد العقد قبل المباشرة فلا يظهر للمباشرة أثر، وأما الامة فمتى باشرها دون الفرج لشهوة فهل يثبت تحريم المصاهرة فيه

بين المرأة وعمتها وبنتها وبين خالتها، وقالا ليس هذا في كتاب الله تعالى، فقال لهما: كم فرض الله عليكم من الصلاة؟ قالا: خمس صلوات في اليوم والليلة. وسألهما عن عدد ركعاتها فأخبراه بذلك. وسألهما عن مقدار الزكاة ونصبها فأخبراه. فقال وأين تجدان ذلك في كتاب الله؟ قالا لا نجده في كتاب الله. قال فمن أين صرتما؟ فقالا فعله رسوله الله صلى الله عليه وسلم والمسلمون بعده قال فكذلك هذا ولا فرق بين الخالة والعمة حقيقة أو مجازا كعمات آبائها وخالاتهم، وعمات أمهاتها وخالاتهن وإن علت درجتهن من نسب كان ذلك أو رضاع وكل شخصين لا يجوز لاحدهما أن يتزوج الآخر لو كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى لاجل القرابة لا يجوز الجمع بينهما لتأدية ذلك إلى قطع الرحم القريبة لما في الطباع من التنافس والغيرة من الضرائر، ولا يجوز الجمع بين المرأة وأمها في العقد لما ذكرناه ولان الام الى بنتها أقرب من الاختين فاذا لم يجمع بين الاختين فالمرأة وبنتها أولى

(فصل) ولا يحرم الجمع بين ابنتي العم وابنتي الخال في قول عامة أهل العلم لعدم النص فيهما بالتحريم ودخولها في عموم قوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ولان احداهما تحل لها الاخرى لو كانت ذكراً وفي كراهة ذلك روايتان (احداها) يكره روي ذلك عن ابن مسعود وبه قال جابر ابن زيد وعطا والحسن وسعيد بن عبد العزيز، وروى أبو حفص باسناده عن عيسى بن طلحة قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تزوج المرأة على ذي قرابتها مخافة القطيعة ولانه مفض الى قطيعة

روايتان (إحداهما) ينشرها روي ذلك عن ابن عمر وعبدالله بن عمرو ومسروق وبه قال القاسم والحسن ومكحول والنخعي والشعبي ومالك والاوزاعي وأبو حنيفة وعلي بن المديني وهو أحد قولي الشافعي لانه نوع استمتاع فتعلق به تحريم المصاهرة كالوطء في الفرج ولانه تلذذ بمباشرة يتعلق به التحريم كالو وطيء (والثانية) لايثبت به التحريم لانها ملامسة لاتوجب الغسل فلم يثبت بها التحريم كالو لم يكن بشهوة لان ثبوت التحريم اما أن يكون بنص أو قياس على المنصوص ولا نص في هذا ولا هو في معنى المنصوص عليه ولا المجمع عليه فان الوطء يتعلق به من الاحكام استقرار المهر والاحصان والاغتسال والعدة وافساد الاحرام والصيام بخلاف المس وذكر أصحابنا الروايتين في جميع الصور من غير تفصيل وهذا الذي ذكرناه أقرب الى الصواب ان شاء الله سبحانه

(فصل) ومن نظر إلى فرج امرأة بشهوة فهو كلمسها لشهوة فيه أيضاً روايتان (احداهما) ينشر الحرمة في الموضع الذي ينشرها اللمس ، روي عن عمرو بن عمر وعامر بن ربيعة وكان بدريا وعبدالله ابن عمرو فيمن يشتري الخادم ثم يجردها أو يقبلها لايحل لابنه وطؤها وهو قول القاسم والحسن ومجاهد ومكحول وحماد بن أبي سليمان وأبي حنيفة لما روى عبدالله بن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال « من نظر الى فرج امرأة لم تحل له أمها وابنتها » وفي لفظ « لا ينظر الله إلى رجل نظر الى فرج امرأة وابنتها » (والثانية) لايتعلق به التحريم وهو قول الشافعي ، وأكثر أهل العلم لقوله تعالى (وأحل

الرحم المأمور بصلتها فأقل أحواله الكراهة (والاخرى) لا يكره وهو قول سليمان بن يسار والشعبي وحسن بن حسن والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبي عبيد لانهما ليست بينهما قرابة تحرم الجمع فلا يقتضي كراهة كسائر الاقارب .

﴿ مسئلة ﴾ (فان جمع بينهما في عقد واحد لم يصح)

اذا جمع بين الاختين في عقد واحد أو جمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في عقد عليهما معاً لم يصح العقد في واحدة منها لانه لا يمكن تصحيحه فيهما ولامزية لاحدهما على الاخرى فيبطل فيهما كالو زوجت المرأة لرجلين وكذا لو تزوج خمسا في عقد واحد بطل في الجميع لذلك .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن تزوجها في عقدين أو تزوج احداهما في عدة الاخرى سواء كانت بائناً أو رجعية فنكاح الثانية باطل . أما اذا تزوجها في عقدين وعلم الاولى فنكاحه صحيح لانه لاجمع فيه ونكاح الثانية باطل لان الجمع يحصل به وبالعقد على الاولى تحرم الثانية فلا يصح عقده عليها حتى تبين الاولى وتنقضي عدتها .

(فصل) (فان لم يعلم أولاهما فعليه فرقتهما معاً)

قال أحمد في رجل تزوج أختين لا يدري أيتهما تزوج أولا؟ يفرق بينه وبينهما لان إحداهما محرمة عليه ونكاحها باطل ولا يعرف الحلالة له فقد اشتبها عليه ونكاح احداهما صحيح ولا تتيقن بينونتها منه

لـكم ما وراء ذلـكم) ولانه نظر من غير مباشرة فلم يوجب التحريم كالنظر الى الوجه والخبر ضعيف قاله الدارقطني وقيل هو موقوف على ابن مسعود ثم يحتمل أنه كني بذلك عن الوطء ، وأما النظر الى سائر البدن فلا ينشر حرمة ، وقال بعض أصحابنا لافرق بين النظر الى الفرج وسائر البدن لشهوة والصحيح خلاف هذا فان غير الفرج لايقاس عليه لما بينهما من الفرق ولا خلاف نعلمه في أن النظر الى الوجه لايثبت الحرمة فكذلك غيره ولا خلاف أيضاً في أن النظر اذا وقع من غير شهوة لاينشر حرمة لان المس الذي هو أبلغ منه لا يؤثر اذا كان لغير شهوة فالنظر أولى وموضع الخلاف في المس والنظر فيمن بلغت سناً يمكن الاستمتاع منها كابنة تسع فما زاد فأما الطفلة فلا يثبت فيها ذلك وقد روي عن أحمد في بنت سبع اذا قبلها حرمت عليه أمها . قال القاضي هذا عندي محمول على السن الذي توجد معه الشهوة

(فصل) فان نظرت المرأة الى فرج رجل لشهوة فحكمه في التحريم حكم نظره اليها نص عليه أحمد لانه معنى يوجب التحريم فاستوى فيه الرجل والمرأة كالجماع ، وكذلك ينبغي أن يكون حكم لمسها له وقبلتها إياه لشهوة لما ذكرنا

(فصل) فأما الخلوة بالمرأة فالصحيح أنها لاتنشر حرمة ، وقد روي عن أحمد إذا خلا بالمرأة وجب الصداق والعدة ولا يحل له أن يتزوج أمها وابنتها . قال القاضي هذا محمول على أنه حصل مع الخلوة مباشرة فيخرج كلامه على إحدى الروايتين اللتين ذكرناهما فاما مع خلوه من ذلك فلا يؤثر

لا بطلاقهما جميعاً أو فسخ نكاحهما فوجب ذلك كما لو زوج الوليان ولم يعرف الاول منهما وان أحب أن يفارق إحداهما ثم يجدد عقد الاخرى ويمسكها فلا بأس وسواء فعل ذلك بقرعة أو بغيرها ولا يخلو من ثلاثة أقسام :

(أحدها) أن لا يكون دخل بواحدة منهما فله ان يعقد على إحداهما في الحال بعد فراق الاخرى

(الثاني) اذا دخل باحداهما فان أراد نكاحها فارق التي لم يصبها بطلقة ثم ترك المصابة حتى تنقضي عدتها ثم نكحها لانا لا نأمن ان تكون هي الثانية فيكون قد أصابها في نكاح فاسد فلهذا اعتبرنا انقضاء عدتها ويحتمل جواز العقد عليها في الحال لان النسب لاحق به فلا يصان ذلك عن مائه فان أحب نكاح الاخرى فارق المصابة بطلقة ثم انتظرها حتى تنقضي عدتها ثم تزوج أختها

(القسم الثالث) اذا دخل بهما فليس له نكاح واحدة منهما حتى يفارق الأخرى وتنقضي عدتها من حين فارقها وتنقضي عدة الاخرى من حين أصابها ، وان ولدت احداهما أو هما جميعاً فالنسب لاخوته لانه اما من نكاح صحيح أو نكاح فاسد وكلاهما يلحق النسب فيه وان لم يرد نكاح واحدة منهما فارقهما بطلقة طلقة

(فصل) فأما المهر فان لم يدخل بواحدة منهما فلاحداهما نصف المهر ولا نعلم من يستحقه منهما فيصطلحان عليه فان لم يفعلا أقرع بينهما فكان لمن خرجت قرعتها مع يمينها وقال أبو بكر اختياري

في تحريم الربيبة لما في ذلك من مخالفة قوله سبحانه (فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) وقوله (وأحل لكم ماوراء ذلكم) وأما الخلوة بأجنبية أو أمة فلا تنشر تحريما لا نعلم في ذلك خلافا وكل من حرم نكاحها حرم وطؤها بملك اليمين لانه اذا حرم العقد المراد للوطء فالوطء أولى

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان تزوج أختين من نسب أو رضاع في عقد واحد فسد وان تزوجهما في عقدين فالاولى زوجته والقول فيها القول في المرأة وعمتها والمرأة وخالتها)

وجملة ذلك أن الجمع بين المرأة واختها أو عمتها أو خالتها محرم فمن جمع بينهما فعقد عليهما معا لم يصح العقد في واحدة منهما لانه لا يمكن تصحيحه فيهما ولا مزية لاحداهما على الآخرى فيبطل فيهما كما لو زوجت المرأة لرجلين وهكذا لو تزوج خمسة في عقد واحد بطل في الجميع لذلك وان تزوجها في عقدين فنكاح الاولى صحيح لانه لا جمع فيه ونكاح الثانية باطل لان الجمع يحصل به فبالعقد على الاولى تحرم الثانية ولا يصح عقده عليها حتى تبين الاولى منه ويزول نكاحها وعدتها

(فصل) فان تزوجهما في عقدين ولم يدر أولاهما فعليه فرقتهما معا قال أحمد في رجل تزوج اختين لا يدري أيتهما تزوج أو لا: نفرق بينه وبينهما وذلك لان احداهما محرمة عليه ونكاحها باطل ولا تعرف المحللة له فقد اشتبهتا عليه ونكاح احداهما يصح ولا تتيقن بينونتها منه إلا بطلاقهما جميعا

أن يسقط المهر اذا كان مجبراً على الطلاق قبل الدخول فان دخل بواحدة منهما أقرع بينهما فان وقعت لغير المصابة فلها نصف المهر وللمصابة مهر المثل بما استحل من فرجها وان وقعت على المصابة فلا شيء للاخرى وللمصابة المسمى جميعه وان أصابهما فلاحداهما المسمى وللاخرى مهر المثل يقرع بينهما فيه ان قلنا الواجب في النكاح الفاسد مهر المثل وان قلنا بوجوب المسمى فيه وجب ههنا لكل واحد منهما .

(فصل) قال أحمد اذا تزوج امرأة ثم تزوج أختها ودخل بها اعتزل زوجته حتى تنقضي عدة الثانية انما كان كذلك لانه لو أراد العقد على أختها في الحال لم يجز له حتى تنقضي عدة الموطوءة فلذلك لايجوز له وطء امرأته حتى تنقضي عدة أختها التي اصابها

﴿مسئلة﴾ (وان اشترى أخت امرأته أو عمتها أو خالتها صح)

لان الشراء يراد للاستمتاع ولغيره وكذلك صح شراء من لاتحل له كالمجوسية وأخته من الرضاع ولايحل له وطؤها حتى يطلق امرأته وتنقضي عدتها لئلا يكون جامعاً بينهما في الفراش أو جامعاً ماءه في رحم أختين وذلك لا يحل لما روي عن النبي ﷺ أنه قال «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمع ماءه في رحم أختين .

أو فسخ نكاحهما فوجب ذلك كما لو زوج الوليان ولم يعرف الاول منهما وان أحب أن يفارق أحداهما ثم يجدد عقد الاخرى ويمسكها فلا بأس وسواء فعل ذلك بقرعة أو بغير قرعة. ولا يخلو من ثلاثة أقسام (أحدها) ان لا يكون دخل بواحدة منهما فله أن يعقد على احداهما في الحال بعد فراق الاخرى (الثاني) إذا دخل باحداهما فان أراد نكاحها فارق التي لم يصبها بطلقة ثم ترك المصابة حتى تنقضي عدتها ثم نكحها لاننا لا نأمن أن تكون هي الثانية فيكون قد أصابها في نكاح فاسد فلهذا اعتبرنا انقضاء عدتها ويحتمل أن يجوز له العقد عليها في الحال لان النسب لاحق به ولا يصان ذلك عن مائه وان أحب نكاح الاخرى فارق المصابة بطلقة ثم انتظرها حتى تنقضي عدتها ثم تزوج أختها (القسم الثالث) إذا دخل بهما فليس له نكاح واحدة منهما حتى يفارق الاخرى وتنقضي عدتها من حين فرقتها وتنقضي عدة الاخرى من حين أصابها وان ولدت منه إحداهما أو هما جميعاً فالنسب لاحق به لانه اما من نكاح صحيح أو نكاح فاسد وكلاهما يلحق النسب فيه وان لم يرد نكاح واحدة منهما فارقهما بطلقة طلقة

(فصل) فأما المهر فان لم يدخل بواحدة منهما فلاحدهما نصف المهر ولا نعلم من يستحقه منهما فيصطلحان عليه وان لم يفعلا أقرع بينهما فكان لمن خرجت قرعتها مع يمينها وقال أبو بكر اختياري أن يسقط المهر إذا كان مجبرا على الطلاق قبل الدخول وان دخل بواحدة منهما أقرع بينهما فان وقعت

﴿مسئلة﴾ (وان اشتراهن في عقد واحد صح لما ذكرنا)

ولا نعلم خلافاً في ذلك ولو اشترى جارية ووطئها حل له شراء أختها وعمتها وخالتها وقد ذكرناه كما لا يحل له شراء المعتدة والمزوجة مع أنها لا تحل له

﴿مسئلة﴾ (وله وطء إحداهما لان الاخرى لم تصر فراشاً)

وهذا قول اكثر أهل العلم وقال الحكم وحماد لا يقرب واحدة منهما وروي ذلك عن النخعي وذكره أبو الخطاب مذهباً لاحمد.

ولنا أنه لم يجمع بينهما في الفراش فلم يجز كما لو كان في ملكه احداهما وحدها

(فصل) وليس له الجمع بين الاختين من إمائه في الوطء نص عليه أحمد في رواية الجماعة وكرهه عمر وعثمان وعلي وعمار وابن عمر وابن مسعود وممن قال بتحريمه عبدالله بن عتبة وجابر بن زيد وطاوس ومالك والاوزاعي وأبو حنيفة والشافعي وروي عن ابن عباس أنه قال أحلتهما آية وحرمتهما آية ولم أكن لافعله وروي ذلك عن علي أيضاً يريد بالمحرمة قوله تعالى (وأن تجمعوا بين الاختين) وبالمحللة قوله تعالى (الا على أزواجهم او ما ملكت أيمانهم) وروى ابن منصور عن أحمد وسأله عن الجمع بين الاختين المملوكتين أحرام هو؟ قال لا أقول حرام ولكن ينهى عنه وظاهر هذا أنه مكروه غير محرم وقال داود وأهل الظاهر لا يحرم استدلالا بالآية المحللة لان حكم الحرائر في الوطء مخالف لحكم الاماء ولهذا تحرم الزيادة على أربع في الحرائر وتباح في الاماء بغير حصر والمذهب تحريمه للآية

لغير المصابة فلها نصف المهر وللمصابة مهر المثل بما استحل من فرجها وان وقعت على المصابة فلا شيء للاخرى وللمصابة المسمى جميعه وان أصابهما معا فلاحداهما المسمى وللاخرى مهر المثل يقرع بينهما فيه ان قلنا ان الواجب في النكاح الفاسد مهر المثل وان قلنا بوجوب المسمى فيه وجب ههنا لكل واحد منهما

(فصل) قال أحمد إذا تزوج امرأة ثم تزوج أختها ودخل بها اعتزل زوجته حتى تنقضي عدة الثانية إنما كان كذلك لانه لو أراد العقد على أختها في الحال لم يجز له حتى تنقضي عدة الموطوءة كذلك لايجوز الوطء لامرأته حتى تنقضي عدة أختها التي أصابها

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان تزوج اخته من الرضاع وأجنبية في عقد واحد ثبت نكاح الاجنبية)

وجملة ذلك أنه إذا عقد النكاح على أخته وأجنبية معا بان يكون لرجل أخت وابنة عم احداهما رضيعة المتزوج فيقول له زوجتكما معا فيقبل ذلك فالمنصوص ههنا صحة نكاح الاجنبية ونص فيمن تزوج حرة وأمة على أنه يثبت نكاح الحرة ويفارق الامة وقيل فيه روايتان (احداهما) يفسد فيهما وهو أحد قولي الشافعي واختيار أبي بكر لانها لفظة واحدة جمعت حلالا وحراما فلم تصح كما لو جمع بين أختين .

المحرمة فانه يريد بها الوطء والعقد جميعاً بدليل أن سائر المذكورات في الآية يحرم وطؤهن والعقد عليهن وآية الحل مخصوصة بالمحرمات جميعهن وهذا منهن ولانها امرأة صارت فراشا فحرمت أختها كالزوجة.

﴿ مسئلة ﴾ (وإن وطيء احداهما فليس له وطء الاخرى حتى يحرم الموطوءة على نفسه باخراج عن ملكه أو تزويج)

هذا قول علي وابن عمر والحسن والاوزاعي واسحاق والشافعي فان رهنها لم تحل له أختها لان منعه من وطئها لحق المرتهن لا لتحريمها ولهذا يحل له باذن المرتهن فيه ولانه يقدر على فكها متى شاء واسترجاعها اليه ، وقال قتادة ان استبرأها حلت له أختها لانه قد زال فراشه ولهذا لو أتت بولد فنفاه بدعوى الاستبراء انتفى فأشبه مالو زوجها .

ولنا قول علي وابن عمر ولانه لم يزل ملكه عنها ولا أحلها له فأشبه مالو وطئت بشبهة فاستبرأها من ذلك الوطء ولان ذلك لا يمنعه وطأها فلا بأس من عوده اليها فيكون ذريعة الى الجمع بينهما وان حرم احداهما فظاهر كلام الخرقي أنه لا تحل له الاخرى وهو مقتضى كلام شيخنا في الكتاب المشروح وقال أصحاب الشافعي تحل له الاخرى لانها حرمت عليه بسبب لا يقدر على رفعه فأشبه التزويج ولنا أنه لشأ من إباحتها بما لا يقف على غيرها

(فصل) واذا أخرجها من ملكه لم تحل له اختها حتى يستبريء المخرجة ونعلم براءتها من الحمل

(والثانية) يصح في الحرة وهي أظهر الروايتين وهذا قول مالك والثوري وأصحاب الرأي لانها محل قابل للنكاح أضيف اليها عقد صادر عن أهله لم يجتمع معها فيه مثلها فصح كما لو انفردت به وفارق العقد على الاختين لانه لامزية لاحداهما على الاخرى وههنا قد تعينت التي بطل النكاح فيها فعلى هذا القول يكون لها من المسمى بقسط مهر مثلها منه وفيه وجه آخر أن لها نصف المسمى وأصل هذين الوجهين اذا تزوج امرأتين يجوز له نكاحهما بمهر واحد هل يكون بينهما على قدر صداقهما أو نصفين؟ على وجهين يأتي ذكرهما ان شاء الله

(فصل)ولو تزوج يهودية ومجوسية ومحلة أو محرمة في عقد واحد فسد في المجوسية والمحرمة وفي الاخرى وجهان ، وإن نكح أربع حرائر وأمة فسد في الامة وفي الحرائر وجهان ، وإن نكح العبد حرتين وأمة بطل نكاح الجميع ، وإن تزوج امرأة وابنتها فسد فيهما لان الجمع بينهما محرم فلم يصح فيهما كالاختين

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا اشترى أختين فأصاب احداهما لم يصب الاخرى حتى تحرم الاولى ببيع أو نكاح أو هبة وما أشبهه ويعلم أنها ليست بحامل فان عادت الى ملكه لم يصب واحدة منهما حتى تحرم عليه الاولى)

الكلام في هذه المسئلة في فصول ستة :

(الفصل الاول) أنه يجوز الجمع بين الاختين في الملك بغير خلاف بين أهل العلم وكذلك بينها

فان كانت حاملا منه لم تحل له أختها حتى تضع حملها لانه يكون جامعاً في رحم اختين فهو بمنزلة نكاح الاخت في عدة أختها

(مسئلة) (فان عادت الى ملكه لم يطأ واحدة منها حتى يحرم الاخرى)

متى زال ملكه عن الموطوءة زوالا احل له أختها فوطئها ثم عادت الاولى الى ملكه فليس له وطء إحداهما حتى يحرم الاخرى باخراج عن ملكه أو تزويج نص عليه أحمد وقال أصحاب الشافعي لا تحرم عليه واحدة منهما لان الاولى لم تبق فراشاً فأشبه مالو وطيء أمة ثم اشترى أختها

ولنا أن هذه صارت فراشاً وقد رجعت اليه التي كانت فراشاً فحرمت كل واحدة منهما بكون أختها فراشا كما لو انفردت به فأما اذا وطيء أمة ثم اشترى اختها فان المشتراة لم تكن فراشاً له لكن هي محرمة عليه باستفراش اختها ولو اخرج الموطوءة عن ملكه ثم عادت اليه قبل وطء اختها فهي حلال واختها محرمة عليه لان اختها فراشه وقد روي عن أحمد ان الجمع بين الاختين في الوطء بملك اليمين لايحرم بل ينهى عنه فيكون مكروهاً وقد ذكرناه والمذهب ان ذلك حرام والله اعلم

(فصل) فان وطيء امتيه الاثنتين معا فوطء الثانية محرم ولاحد فيه لانها ملكه ولان في حلها

وبين عمتها وخالتها ، ولو اشترى جارية فوطئها حل له شراء أختها وعمتها وخالتها لان الملك يقصد به التمول دون الاستمتاع ، وكذلك حل له شراء المجوسية والوثنية والمعتدة والمزوجة والمحرمات عليه بالرضاع والمصاهرة

(الفصل الثاني) أنه لايجوز الجمع بين الاختين من امائه في الوطء نص عليه احمد في رواية الجماعة وكرهه عمر وعثمان وعلي وعمار وابن عمر وابن مسعود وممن قال بتحريمه عبيد الله بن عبدالله ابن عتبة وجابر بن زيد وطاوس ومالك والاوزاعي وابو حنيفة والشافعي ، وروي عن ابن عباس أنه قال أحلتهما آية وحرمتهما آية ولم أكن لأفعله ، ويروى ذلك عن علي أيضاً يريد بالمحرمة قوله (وأن تجمعوا بين الاختين) وبالمحللة قوله تعالى (إلا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم)

وقد روى ابن منصور عن احمد وسأله عن الجمع بين الاختين المملوكتين أحرام هو ؟ قال لاأقول حرام ولكن ننهى عنه وظاهر هذا انه مكروه غير محرم ، وقال داود وأهل الظاهر لايحرم استدلالا بالآية المحللة لان حكم الحرائر في الوطء مخالف لحكم الاماء ولهذا تحرم الزيادة على أربع في الحرائر وتباح في الاماء بغير حصر والمذهب تحريمه للآية المحرمة فانه يريد بها الوطء والعقد جميعا بدليل أن سائر المذكورات في الآية يحرم وطؤهن والعقد عليهن وآية الحل مخصوصة بالمحرمات جميعهن وهذه منهن ولانها امرأة صارت فراشا فحرمت أختها كالزوجة

حلها اختلافا وله سبيل الى استباحتها بخلاف أخته من الرضاع المملوكة له ولا يحل له وطء واحدة حتى يحرم الاخرى ويستبرئها وقال القاضي وأصحاب الشافعي الاولى باقية على الحل لان الوطء الحرام لايحرم الحلال الا أن القاضي قال لايطؤها حتى يستبرىء الثانية

ولنا ان الثانية قدصارت فراشاً له يلحقه نسب ولدها فحرمت عليه أختها كما لو وطئها ابتداء وقولهم ان الحرام لايحرم الحلال ليس بخبر صحيح وهو متروك بما لووطىء الاولى في حيض أونفاس أواحرام فان أختها تحرم عليه ويحرم عليه أمها وابنتها على التأبيد وكذلك لو وطىء بشبهة في هذه الحال ولو وطىء امرأته حرمت عليه ابنتها سواء وطئها حراما أو حلالا

(فصل) وحكم المباشرة من الاماء فيما دون الفرج والنظر الى الفرج لشهوة فيما يرجع الى تحريم الاخت كحكمه في تحريم الربيبة والصحيح أنها لاتحرم ولان الحل ثابت بقوله تعالى (أوماملكت أيمانكم) ومخالفة ذلك انما تثبت بقوله (وان تجمعوا بين الاختين) والمراد به الجمع في العقد أو الوطء ولم يوجد واحد منهما ولا في معناهما.

(مسئلة) (وان وطىء أمته ثم تزوج اختها لم يصح عند أبي بكر)

وقد سئل أحمد عن هذا فقال لايجمع بين الاختين الامتين فيحتمل أنه أراد ان النكاح لا يصح وهو إحدى الروايات عن مالك قال القاضي هو ظاهر كلام أحمد لان النكاح تصير به المرأة فراشا

(الفصل الثالث) أنه اذا كان في ملكه أختان فله وطء احداهما في قول أكثر أهل العلم وقال الحكم وحماد لا يقرب واحدة منهما ، وروي ذلك عن النخعي وذكره ابو الخطاب مذهبا لاحمد . ولنا أنه ليس يجمع بينهما في الفراش فلم يحرم كما لو كان في ملكه احداهما فقط

(الفصل الرابع) انه اذا وطيء احداهما فليس له وطء الاخرى قبل تحريم الموطوءة على نفسه باخراج عن ملكه أو تزويج هذا قول علي وابن عمر والحسن والاوزاعي واسحاق والشافعي ، فان رهنها لم تحل له أختها لان منعه من وطئها لحق المرتهن لا لتحريمها ولهذا يحل له باذن المرتهن في وطئها ولانه يقدر على فكها متى شاء واسترجاعها اليه، وقال قتادة إن استبرأها حلت له أختها لانه قد زال فراشه ولهذا لو أتت بولد فنفاه بدعوى الاستبراء انتفى فأشبه مالو زوجها

ولنا قول علي وابن عمر ولانه لم يزل ملكه عنها ولا حلها له فأشبه مالو وطئت بشبهة فاستبرأها من ذلك الوطء ولان ذلك لا يمنعه وطأها فلا يأمن عوده اليها فيكون ذلك ذريعة الى الجمع بينهما وإن حرم احداهما على نفسه لم تبح الاخرى لان هذا لا يحرمها انما هو يمين يكفر ولو كان يحرمها إلا انه لعارض متى شاء ازاله بالكفارة فهو كالحيض والنفاس والاحرام والصيام، وإن كاتب احداهما فظاهر كلام الخرقي انه لا تحل له الاخرى، وقال اصحاب الشافعي تحل له الاخرى لانها حرمت عليه بسبب لا يقدر على رفعه فأشبه التزويج

ولنا أنه بسبيل من استباحتها بما لا يقف على غيرهما فلم تبح له اختها كالمرهونة

فلم يجز ان ترد على فراش الاخت كالوطء ولانه فعل في الاخت ما ينافي اباحة أختها فلم يجز كالوطء وظاهر كلام أحمد أنه يصح ذكره أبو الخطاب ولا يطؤها حتى يحرم الموطوءة وهو مذهب أبي حنيفة لانه سبب يستباح به الوطء فجاز ان يرد على وطء ولا يبيح كالشراء ، وقال الشافعي يصح النكاح وتحل له المنكوحة وتحرم أختها لان النكاح أقوى من الوطء بملك اليمين فاذا اجتمعا وجب تقديم الاقوى ووجه الاولى ماذكرناه ولان وطء مملوكته معنى يحرم أختها لعلة الجمع فمنع صحة النكاح كالزوجة ويفارق الشراء فانه لا ينحصر في الوطء ولهذا صح شراء الاختين ومن لا تحل له وقولهم النكاح أقوى من الوطء ممنوع وان سلم فالوطء أسبق فيقدم ويمنع صحة ما طرأ عليه مما ينافيه كالعدة تمنع ابتداء نكاح الاخت وكذلك وطء الامة يحرم نكاح ابنتها وأمها ولان هذا بمنزلة نكاح الاخت في عدة أختها لكونه لم يشتر الموطوءة فان عادت الى ملكه لم يطأ واحدة منهما حتى يحرم الاخرى إذا قلنا بصحة النكاح لان الاولى عادت الى الفراش فاجتمعا فيه فلم يستبح واحدة منها قبل اخراج الاخرى عن الفراش .

(فصل) فان زوج الامة الموطوءة أواخرجها عن ملكه فله نكاح أختها فان عادت الامة الى ملكه فالزوجية بحالها وحلها باق لان النكاح صحيح وهو أقوى ولا تحل الامة وعنه أنه ينبغي أن يحرم احداهما لان أمته التي كانت فراشاً قد عادت اليه والمنكوحة مستفرشة فأشبه أمتيه اللتين وطيء إحداهما

(الفصل الخامس) انه اذا أخرجها من ملكه لم تحل له أختها حتى يستبرىء المخرجة ، ويعلم براءتها من الحمل ومتى كانت حاملا منه لم تحل له أختها حتى تضع حملها لانه يكون جامعاً ماءه في رحم أختين بمنزلة نكاح الاخت في عدة أختها .

(فصل) فان وطىء أمتيه الاختين معا فوطء الثانية محرم ولاحد فيه ولان وطأه في ملكه ولأنها مختلف في حكمها وله سبيل الى استباحتها بخلاف أخته من الرضاع المملوكة له ولا يحل له وطء إحداهما حتى يحرم الاخرى ويستبرئها وقال القاضي وأصحاب الشافعي الاولى باقية على الحل لان الوطء الحرام لا يحرم الحلال الا أن القاضي قال : لا يطؤها حتى يستبرىء الثانية

ولنا أن الثانية قد صارت فراشا له يلحقه نسب ولدها فحرمت عليه أختها كما لو وطئها ابتداء ، وقولهم ان الحرام لا يحرم الحلال ليس بخبر صحيح وهو متروك بما لو وطىء الاولى في حيض أو نفاس أو احرام حرمت عليه أختها وتحرم عليه أمها وابنتها على التأبيد وكذلك لو وطىء امرأة بشبهة في هذا الحال ولو وطىء امرأة حرمت عليه ابنتها سواء وطئها حراما أو حلالا

(الفصل السادس) أنه متى زال ملكه عن الموطوءة زوالا أحل له أختها فوطئها ثم عادت الاولى الى ملكه فليس له وطء إحداهما حتى تحرم الاخرى باخراج عن ملكه أو تزويج نص عليه أحمد ، وقال أصحاب الشافعي لا يحرم عليه واحدة منهما لان الاولى لم تبق فراشا فأشبه ما لو وطىء أمة ثم اشترى أختها

بعد تزويج الاخرى ثم يطلق الزوج أختها فان تزوج امرأة ثم اشترى أختها صح الشراء ولم تحل له لان النكاح كالوطء فاشبه مالو وطىء أمته ثم اشترى اختها فان وطىء امتيه حرمتا عليه حتى يستبرىء الامة ثم تحل له زوجته دون أمته لان النكاح أقوى واسبق وانما وجب الاستبراء لئلا يكون جامعا ماءه في رحم أختين ويحتمل ان تحرما عليه جميعاً حتى يحرم إحداهما كالامتين وحكم عمة المرأة وخالتها كاختها في تحريم الجمع بينهما في الوطء والتفصيل فيها كالتفصيل في الاختين على ما ذكر

(مسئلة) (ولا بأس ان يجمع بين من كانت زوجة رجل وابنته من غيرها)

هذا قول أكثر أهل العلم يرون الجمع بين المرأة وبينها في النكاح فعله عبدالله بن جعفر وعبدالله ابن صفوان بن أمية وهو قول سائر الفقهاء إلا الحسن وعكرمة وابن أبي ليلى فانهم كرهوه لان إحداهما لو كانت ذكراً حرمت عليه الاخرى فأشبه المرأة وعمتها

ولنا قول الله تعالى (وأحل لكم) ماوراء ذلكم ولانهما لا قرابة بينهما فاشبها الاجنبيتين ولان الجمع حرم خوفا من قطيعة الرحم القريبة بين المتناسبين ولا قرابة بين هاتين ، وبهذا يفارق ما ذكروه

(فصل) ولو كان لرجل ابن من غير زوجته ولها بنت من غيره أو كان له بنت ولها ابن جاز تزويج

ولنا أن هذه صارت فراشاً وقد رجعت اليه التي كانت فراشاً فحرمت عليه كل واحدة منهما بكون أختها فراشاً كما لو انفردت به فاما ان استفرش أمة واشترى أختها، فان المشتراة لم تكن فراشاً له بل هي محرمة عليه بافتراش أختها، ولو أخرج الموطوءة عن ملكه ثم عادت اليه قبل وطء أختها فهي حلال له وأختها محرمة عليه لان أختها فراشه

(فصل) وحكم المباشرة من الاماء فيما دون الفرج، والنظر إلى الفرج بشهوة فيما يرجع إلى تحريم للاخت كحكمه في تحريم الربيبة، والصحيح أنه لا يحرم لان الحل ثابت بقوله (أو ما ملكت أيمانكم) ومخالفة ذلك انما ثبتت بقوله (وأن تجمعوا بين الاختين) والمراد به الجمع في العقد أو الوطء ولم يوجد واحد منهما ولا ما في معناهما

(فصل) وان وطيء أمته ثم أراد نكاح أختها فقد سئل احمد عن هذا فقال لا يجمع بين الاختين الامتين فيحتمل أنه أراد ان النكاح لا يصح وهي إحدى الروايات عن مالك قال القاضي هو ظاهر كلام أحمد لان النكاح تصير به المرأة فراشاً فلم يجز أن ترد على فراش الاخت كالوطء ولانه فعل في الاخت ما ينافي اباحة أختها المفترشة فلم يجز كالوطء، ويحتمل أن يصح النكاح ولا تباح المنكوحة حتى تحرم أختها وهو مذهب أبي حنيفة. قال ابو الخطاب وهو ظاهر كلام احمد لانه سبب يستباح به الوطء فجاز أن يرد على وطء الاخت ولا يبيح كالشراء، وقال الشافعي يصح النكاح وتحل له المنكوحة وتحرم

أحدهما من الآخر في قول عامة الفقهاء وحكي عن طاوس كراهيته إذا كان ما ولدته المرأة بعد وطء الزوج لها والاول أولى لعموم الآية والمعنى الذي ذكرناه فانه ليس بينهما قرابة ولا سبب يقتضي التحريم وكونه أخا لاختها لم يرد الشرع بانه سبب للتحريم فيبقى على الاباحة لعموم الآية ومتى ولدت المرأة من ذلك الرجل ولداً صار عماً لولديهما وخالا

(فصل) إذا تزوج امرأة لم تحرم أمها ولا ابنتها على أبيه ولا ابنه فتى تزوج امرأة وزوج أباه أمها جاز لعدم أسباب التحريم فاذا ولد لكل واحد ولد كان ولد الاب عم ولد الام وولد الابن خال ولد الاب ويروى أن رجلا أتى عبد الملك بن مروان فقال يا أمير المؤمنين اني تزوجت امرأة وزوجت ابني أمها فأخبرنا فقال عبد الملك ان أخبرتني بقرابة ولدك من ولد أبيك أخبرتك فقال الرجل : يا أمير المؤمنين هذا العريان ابن الهيثم الذي وليته قائم سيفك ان علم ذلك فلا تخبرني. فقال العريان أحدهما عم الآخر والآخر خاله .

(فصل) اذا تزوج رجل امرأة وزوج ابنه بنتها أو أمها فزفت امرأة كل واحد منهما الى صاحبه فوطئها فان وطء الاول يوجب عليه مهر مثلها لانه وطء شبهة وينفسخ به نكاحها من زوجها لانها صارت بالوطء حليلة أبيه أو ابنه ويسقط به مهر الموطوءة عن زوجها لان الفسخ من قبلها بتمكينها من وطئها ومطاوعتها عليه ولا شيء لزوجها على الواطيء لانه لا يلزمه شيء يرجع به ولان المرأة مشاركة

أختها لان النكاح أقوى من الوطء بدليل البين فاذا اجتمعا وجب تقديم الاقوى ، ووجه الاول ماذكرنا ولان وطء مملوكته معنى يحرم أختها لعلة الجمع فلم يمنع صحة نكاحها كالزوجية ويفارق الشراء فانه لا يقصد به الوطء ولهذا صح شراء الاختين ومن لا يحل له وقولهم النكاح أقوى من الوطء ممنوع وان سلم فالوطء أسبق فيقدم ويمنع صحة مايطرأ عليه مما ينافيه كالعدة تمنع ابتداء نكاح الاخت وكذلك وطء الامة يحرم نكاح ابنتها وأمها ولان هذا بمنزلة نكاح الأخت في عدة أختها لكونه لم يستبرىء الموطوءة

(فصل) فان زوج لامة الموطوءة أو أخرجها عن ملكه فله نكاح أختها فان عادت الامة إلى ملكه فالزوجية بحالها وحلها باق لان النكاح صحيح وهو أقوى ولا تحل له الامة وعنه أنه ينبغي أن تحرم احداهما لان امته التي كانت فراشا قد عادت اليه والمنكوحة مستفرشة فأشبه أمتيه التي وطيء إحداهما بعد تزويج الاخرى ثم طلق الزوج أختها وان تزوج امرأة ثم اشترى أختها صح الشراء ولم تحل له لان النكاح كالوطء فأشبه ما لو وطيء أمته ثم اشترى أختها فان وطيء أمته حرمت عليه حتى يستبرىء الامة ثم تحل له زوجته دون أمته لان النكاح أقوى وأسبق وانما وجب الاستبراء لئلا يكون جامعاً ماءه في رحم أختين ويحتمل أن يحرما عليه جميعاً حتى تحرم احداهما كالامتين

﴿مسألة﴾ قال رحمه الله (وعمة الامة وخالتها في ذلك كأختها)

يعني في تحريم الجمع بينهما في الوطء والتفصيل فيهما كالتفصيل في الاختين على ماذكرنا

في افساد نكاحها بالمطاوعة فلم يجب على زوجها شيء كما لو انفردت به ويحتمل أن يجب عليه لزوجها نصف مهر مثلها لانه أفسد نكاحها قبل الدخول أشبه المرأة تفسد نكاحه بالرضاع وينفسخ نكاح الواطيء أيضاً لان امرأته صارت اما للموطوءة أو بنتاً لها ولها نصف المسمى فأما وطء الثاني فيوجب مهر المثل للموطوءة خاصة فان اشكل الاول انفسخ النكاحان ولكل واحدة مهر مثلها على واطئها ولا يثبت رجوع أحدهما على الآخر ويجب لامرأة كل واحد منهما على الآخر نصف المسمى ولا يسقط بالشك

﴿مسألة﴾ (ولا يحل للحران أن يجمع بين أكثر من أربع ولا للعبدان أن يتزوج أكثر من اثنتين فان طلق احداهن لم يتزوج أخرى حتى تنقضي عدتها)

أجمع أهل العلم على ان الحر لا يحل له أن يجمع بين أكثر من أربع زوجات لا نعلم احداً منهم خالف في ذلك الا شيئاً يحكى عن القاسم بن ابراهيم أنه اباح تسعاً لقول الله تعالى (مثنى وثلاث ورباع) والواو للجمع ولان النبي ﷺ مات عن تسع وهذا خرق الاجماع وترك للسنة فان النبي ﷺ قال لغيلان بن سلمة حين أسلم وتحته عشرة نسوة « أمسك اربعاً وفارق سائرهن » وقال نوفل بن معاوية اسلمت وتحتي خمس نسوة فقال لي النبي ﷺ « فارق واحدة منهن » رواهما الشافعي في مسنده واذا

(مسئلة) قال (ولا بأس أن يجمع بين من كانت زوجة رجل وابنته من غيرها)

أكثر أهل العلم يرون الجمع بين المرأة وربيبتها جائزاً لا بأس به فعله عبد الله بن جعفر وصفوان بن أمية وبه قال سائر الفقهاء إلا الحسن وعكرمة وابن أبي ليلى رويت عنهم كراهيته لان احداهما لو كانت ذكراً حرمت عليه الاخرى فأشبه المرأة وعمتها

ولنا قول الله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ولأنهما لا قرابة بينهما فأشبهتا الاجنبيتين، ولان الجمع حرم خوفاً من قطيعة الرحم القريبة بين المتناسبين ولا قرابة بين هاتين وبهذا يفارق ما ذكروه

(فصل) ولو كان لرجل ابن من غير زوجته ولها بنت من غيره او كان له بنت ولها ابن جاز تزويج أحدهما من الآخر في قول عامة الفقهاء، وحكي عن طاوس كراهيته اذا كان مما ولدته المرأة بعد وطء الزوج لها والاول أولى لعموم الآية والمعنى الذي ذكرناه فانه ليس بينهما نسب ولا سبب يقتضي التحريم، وكونه أخاً لاختها لم يرد الشرع بأنه سبب التحريم فيبقى على الاباحة لعموم الآية ومتى ولدت المرأة من ذلك الرجل ولداً صار عماً لولد ولديهما وخالا

(فصل) وان تزوج امرأة لم تحرم أمها ولا ابنتها على أبيه ولا ابنه، فتى تزوج امرأة وزوج ابنه أمها جاز لعدم أسباب التحريم فاذا ولد لكل واحد منهما ولد كان ولد الابن خال ولد الاب وولد

منع من استدامة زيادة على اربع فالابتداء اولى والآية أريد بها التخيير بين اثنتين وثلاث وأربع كما قال (اولي أجنحة مثنى وثلاث ورباع) ولم يردان لكل ملك تسعة اجنحة ولو ارادذلك لقال تسعة ولم يكن للتطويل معنى ومن قال غير ذلك فقد جهل اللغة العربية وأما النبي ﷺ فمخصوص بذلك ألا ترى أنه جمع بين أكثر من تسع

(فصل) وليس للعبد أن يزيد على اثنتين ولا خلاف في جواز الجمع بين اثنتين له واختلفوا في اباحة الاربع له فذهب أحمد أنه لا يباح له الاثنتان وهذا قول عمر بن الخطاب وعلي وعبد الرحمن ابن عوف رضي الله عنهم وبه قال عطاء والحسن والشعبي وقتادة والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وقال القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وطاوس ومجاهد ومالك وأبو ثور وداود له نكاح أربع لعموم الآية ولان هذا طريقه اللذة والشهوة فساوى العبد فيه الحر كالمأكول

ولنا أنه قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان اجماعا وقد روى ليث ابن ابي سليم عن الحكم بن عتيبة قال أجمع أصحاب رسول الله ﷺ على أن العبد لا ينكح أكثر من اثنتين ويقوي هذا ما روى الامام أحمد باسناده عن محمد بن سيرين أن عمر سأل الناس كم يتزوج العبد؟ فقال عبد الرحمن بن عوف ثنتين وطلاقه ثنتين فدل هذا على أن ذلك كان بمحضر من الصحابة وغيرهم فلم ينكر وهذا يخص عموم الآية على أن فيها ما يدل على ارادة الاحرار وهو قوله تعالى (أوما)

الاب عم ولد الابن . ويروى أن رجلا أتى عبد الملك بن مروان فقال يا أمير المؤمنين أني تزوجت امرأة وزوجت ابني بأمها فأخبرنا فقال عبد الملك ان اخبرتني بقرابة ولدك من ولد ابنك اخبرتك ، فقال الرجل يا أمير المؤمنين هذا العريان بن الهيثم الذي وليته قائم سيفك ان علم ذلك فلا تخبرني فقال العريان أحدهما عم الآخر والآخر خاله

(فصل) وإذا تزوج رجل بامرأة وزوج ابنه بنتها أو أمها فزفت امرأة كل واحد منهما الى صاحبه فوطئها فان وطء الاول يوجب عليه مهر مثلها لانه وطء شبهة وينفسخ به نكاحها من زوجها لانها صارت بالوطء حليلة ابنه أو أبيه ويسقط به مهر الموطوءة عن زوجها لان الفسخ جاء من قبلها بتمكينها من وطئها ومطاوعتها عليه ولا شيء لزوجها على الواطيء لانه لم يلزمه شيء يرجع به ولان المرأة مشاركة في إفساد نكاحها بالمطاوعة فلم يجب على زوجها شيء كما لو انفردت به ، ويحتمل أن يلزمه لزوجها نصف مهر مثلها لانه أفسد نكاحها قبل الدخول أشبه المرأة تفسد نكاحه بالرضاع . وينفسخ نكاح الواطيء أيضاً لان امرأته صارت أماً لموطوءته أو بنتاً لها ، ولها نصف المسمى ، فأما وطء الثاني فيوجب مهر المثل للموطوءة خاصة فان أشكل الاول انفسخ النكاحان ولكل واحدة مهر مثلها على واطئها ولا يثبت رجوع أحدهما على الآخر ويجب لامرأة كل واحد منهما على الآخر نصف المسمى ولا يسقط بالشك

ملكت أيمانكم ويفارق النكاح المأكول فانه مبني على التفضيل ولهذا فارق النبي ﷺ فيه امته ولان فيه ملكا والعبد ينقص في الملك عن الحر

(فصل) إذا تزوج الرجل امرأة حرمت عليه أختها وعمتها وخالتها وبنت أختها وكذلك إذا تزوج الحر اربعاً حرمت الخامسة تحريم جمع وان تزوج العبد اثنتين حرمت الثالثة تحريم جمع فاذا طلق زوجته طلاقا رجعياً فالتحريم باق بحاله في قولهم جميعاً وان كان الطلاق بائناً أو فسخا فكذلك حتى تنقضي عدتها يروى ذلك عن علي وابن عباس وزيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب ومجاهد والنخعي والثوري وأصحاب الرأي وقال القاسم بن محمد وعروة وابن أبي ليلى ومالك والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر له نكاح جميع من سمينا في تحريم وروي ذلك عن ثابت لان المحرم الجمع بينهما في النكاح بدليل قوله تعالى (حرمت عليكم أمهاتكم) أي نكاحهن وقال (وأن تجمعوا بين الاختين) معطوفا عليه والبائن ليست في نكاحه ولانها بائن فأشبهت المطلقة قبل الدخول بها

ولنا قول علي وابن عباس وروي عن عبيدة السلماني أنه ما اجمعت الصحابة على شيء كاجماعهم على أربع قبل الظهر وأن لا تنكح المرأة في عدة اختها وروي عن النبي ﷺ انه قال « من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يجمع ماءه في رحم اختين » وروي عن أبي الزناد قال كان للوليد بن عبد الملك اربع نسوة فطلق واحدة البتة وتزوج قبل ان تحل فعاب ذلك كثير من الفقهاء وليس كلهم عابه

﴿ مسئلة ﴾ قال (وحرائر نساء أهل الكتاب وذبائحهم حلائل للمسلمين)

ليس بين أهل العلم بحمد الله اختلاف في حل حرائر نساء أهل الكتاب وممن روي عنه ذلك عمر وعثمان وطلحة وحذيفة وسلمان وجابر وغيرهم ، قال ابن المنذر ولا يصح عن أحد من الاوائل انه حرم ذلك ، وروى الخلال باسناده ان حذيفة وطلحة والجارود بن المعلى وأذينة العبدي تزوجوا نساء من أهل الكتاب وبه قال سائر أهل العلم وحرمته الامامية تمسكا بقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ـ ولا تمسكوا بعصم الكوافر)

ولنا قول الله تعالى اليوم أحل لكم الطيبات) الى قوله (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم اذا آتيتموهن أجورهن) واجماع الصحابة فأما قوله سبحانه (ولا تنكحوا المشركات) فروي عن ابن عباس أنها نسخت بالآية التي في سورة المائدة وكذلك ينبغي أن يكون ذلك في الآية الاخرى لانهما متقدمتان والآية التي في آخر المائدة متأخرة عنهما وقال آخرون ليس هذا نسخا فان لفظ المشركين باطلاقه لا يتناول أهل الكتاب بدليل قوله سبحانه (لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين) وقال (ان الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين) وقال (لتجدن أشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين أشركوا) وقال (ما يود الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين) وسائر أي

قال سعيد بن منصور إذا عاب عليه سعيد بن المسيب فأي شيء يبقى ؟ ولانها محبوسة عن النكاح لحقه أشبه ما لو كان الطلاق رجعياً وفارق المطلقة قبل الدخول بها

(فصل) ولو أسلم زوج المجوسية أو الوثنية او انفسخ النكاح بين الزوجين بخلع او رضاع او فسخ بعيب او اعسار او غيره لم يكره له ان يتزوج احداً ممن يحرم الجمع بينه وبين زوجته حتى تنقضي عدتها سواء قلنا تتعجل الفرقة او لم نقل فان اسلمت زوجته فتزوج اختها في عدتها ثم أسلما اختار منهما واحدة كما لو تزوجها معا وان اسلم بعد انقضاء عدت الاولى بانت وثبت نكاح الثانية

(فصل) إذا اعتق ام ولده او امة كان يصيبها فليس له ان يتزوج اختها حتى ينقضي استبراؤها نص عليه أحمد في ام الولد وقال ابو يوسف ومحمد بن الحسن يجوز لانها ليست بزوجة ولا في عدة من نكاح

ولنا أنها معتدة منه فلم يجز له نكاح اختها كالمعتدة من نكاح او وطء بشبهة ولانه لا يأمن أن يكون ماؤه في رحمها فيكون داخلا في عموم من جمع ماءه في رحم اختين ولا يمنع من نكاح اربع سواها ومنعه زفر وهو غلط لان ذلك جائز قبل إعتاقها فبعده اولى

(فصل) ولا يمنع من نكاح امة في عدة حرة بائن ومنعه ابو حنيفة كما يحرم عليه أن يتزوجها في صلب نكاحها .

ولنا انه عادم للطول خائف للعنت فأبيح له نكاحها لقوله سبحانه (ومن لم يستطع منكم طولا ان

القرآن يفصل بينهما فدل على أن لفظة المشركين باطلاقها غير متناولة لأهل الكتاب وهذا معنى قول سعيد بن جبير وقتادة ولان ما احتجوا به عام في كل كافرة وآيتنا خاصة في حل أهل الكتاب والخاص يجب تقديمه إذا ثبت هذا فالاولى أن لا يتزوج كتابية لان عمر قال للذين تزوجوا من نساء أهل الكتاب طلقوهن فطلقوهن إلا حذيفة فقال له عمر طلقها قال تشهد أنها حرام قال هي خمرة طلقها قال تشهد أنها حرام قال هي خمرة قال قد علمت أنها خمرة ولكنها لي حلال فلما كان بعد طلقها فقيل له ألا طلقتها حين أمرك عمر ؟ قال كرهت أن يرى الناس أني ركبت أمراً لا ينبغي لي ولأنه ربما مال اليها قلبه ففتنته وربما كان بينهما ولد فيميل اليها

(فصل) وأهل الكتاب الذين هذا حكمهم هم أهل التوراة والانجيل قال الله تعالى (أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا) فأهل التوراة اليهود والسامرة وأهل الانجيل النصارى ومن وافقهم في اصل دينهم من الافرنج والارمن وغيرهم وأما الصابئون فاختلف فيهم السلف كثيرا فروي عن أحمد أنهم جنس من النصارى ونص عليه الشافعي وعلق القول فيهم في موضع آخر وعن أحمد أنه قال بلغني أنهم يسبتون فهؤلاء إذا يشبهون اليهود والصحيح فيهم أنهم ان كانوا يوافقون النصارى أو اليهود في أصل دينهم ويخالفونهم في فروعه فهم ممن وافقوه وان خالفوهم في أصل الدين فليس هم منهم والله أعلم وأما من سوى هؤلاء من الكفار مثل المتمسك بصحف ابراهيم وشيث وزبور داود فليسوا بأهل كتاب ولا تحل مناكحتهم ولا ذبائحهم وهذا قول الشافعي وذكر القاضي فيهم وجها آخر

ينكح المحصنات المؤمنات) الآية ولا يسلم انه لا يجوز في طلب نكاح الحرة بل يجوز اذا تحقق الشرطان

(فصل) وان زنى بامرأة فليس له ان يتزوج اختها حتى تنقضي عدتها وحكم العدة من الزنا والعدة من وطء الشبهة حكم العدة من النكاح على ما نذكره ان شاء الله تعالى فان زنى بأخت امرأته فقال احمد يمسك عن وطء امرأته حتى تحيض ثلاث حيضات وعنه حيضة ويحتمل ان لا تحرم بذلك اختها ولا اربع سواها لانها ليست منكوحة ومجرد الوطء لا يمنع بدليل الوطء في ملك اليمين فانه لا يمنع اربعاً سواها

(فصل) إذا ادعى رجل ان امرأته اخبرته بانقضاء عدتها مدة يجوز انقضاؤها فيها وكذبته ابيح له نكاح اختها واربع سواها في الظاهر وأما في الباطن فيبنى على صدقه في ذلك لانه حق فيما بينه وبين الله تعالى فيقبل قوله فيه ولا يصدق في نفي نفقتها وسكناها ونفي النسب لانه حق لها ولولدها فلا يقبل قوله فيه وبه قال الشافعي وغيره. وقال زفر لا يصدق في شيء لانه قول واحد لا يصدق في بعض حكمه فلا يصدق في البعض الآخر قياساً للبعض على البعض وذلك لانه لا يمكن أن يكون القول الواحد صدقاً كذبا

ولنا انه قول يتضمن إبطال حق لغيره وحق اله لاضرر على غيره فيه فوجب ان يصدق في احدهما دون الآخر كما لو اشترى عبداً ثم أقر ان البائع كان اعتقه صدق في حريته ولم يصدق في الرجوع

أنهم من أهل الكتاب وتحل ذبائحهم ونكاح نسائهم ويقرون بالجزية لانهم تمسكوا بكتاب من كتب الله فأشبهوا اليهود والنصارى

ولنا قول الله تعالى (أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا) ولان تلك الكتب كانت مواعظ وأمثالا لا أحكام فيها فلم يثبت لها حكم الكتب المشتملة على الاحكام

(فصل) وليس للمجوس كتاب ولا تحل ذبائحهم ولا نكاح نسائهم نص عليه أحمد وهو قول عامة العلماء إلا أبا ثور فانه أباح ذلك لقول النبي ﷺ « سنوا بهم سنة اهل الكتاب » ولانه يروى ان حذيفة تزوج مجوسية ولانهم يقرون بالجزية فأشبهوا اليهود والنصارى

ولنا قول الله تعالى (ولا تنكحوا المشركات) وقوله (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) فرخص من ذلك في اهل الكتاب فمن عداهم يبقى على العموم ولم يثبت ان للمجوس كتابا وسئل أحمد أيصح عن علي أن للمجوس كتابا ؟ فقال هذا باطل واستعظمه جداً ولو ثبت أن لهم كتابا فقد بينا أن حكم أهل الكتاب لا يثبت لغير أهل الكتابين وقوله عليه السلام « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » دليل على أنه لا كتاب لهم وإنما أراد به النبي ﷺ في حقن دمائهم واقرارهم بالجزية لا غير وذلك أنهم لما كانت لهم شبهة كتاب غلب ذلك في تحريم دمائهم فيجب أن يغلب حكم التحريم لنسائهم وذبائحهم فاننا إذا غلبنا الشبهة في التحريم فتغليب الدليل الذي عارضته الشبهة في التحريم أولى ولم يثبت أن

بثمنه وكذلك لو أقر ان امرأته أخته من الرضاع قبل الدخول صدق في بينونتها وتحريمها عليه ولم يسقط مهرها اذا كذبته

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (النوع الثاني) محرمات لعارض يزول فيحرم عليه نكاح زوجة غيره بغير خلاف لقول الله تعالى (ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله) وتحرم المستبرئة منه لذلك ولان تزويجها يفضي الى اختلاط المياه واشتباه الانساب وسواء في ذلك المعتدة من وطء مباح او محرم اومن غير وطء لانه لا يؤمن ان تكون حاملا فلو أبحنا تزويجها لاختلط نسب المتزوج بنسب الواطيء الاول ولا يجوز نكاح المرتابة بعد العدة بالحمل لذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وتحرم الزانية حتى تتوب وتنقضي عدتها)

اذا زنت المرأة لم يحل نكاحها لمن يعلم ذلك إلا بشرطين (احدهما) انقضاء عدتها بوضع الحمل من الزنا ولا يحل نكاحها قبل الوضع وبهذا قال مالك وأبو يوسف وهو احدى الروايتين عن أبي حنيفة وقال في الاخرى يحل نكاحها ويصح وهو مذهب الشافعي لانه وطء لا يلحق به النسب فلم يحرم النكاح كما لو لم تحمل

ولنا قول النبي ﷺ « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماءه زرع غيره » يعني وطء الحامل وقول النبي ﷺ « لا توطأ حامل حتى تضع » حديث صحيح وهو عام وروي عن سعيد بن المسيب ان رجلا تزوج امرأة فلما اصابها وجدها حبلى فرفع ذلك الى النبي ﷺ ففرق بينهما وجعل لها الصداق

حذيفة تزوج مجوسية وضعف أحمد رواية من روى عن حذيفة أنه تزوج مجوسية وقال أبو وائل يقول تزوج يهودية وهو اوثق ممن روى عنه أنه تزوج مجوسية وقال ابن سيرين كانت امرأة حذيفة نصرانية ومع تعارض الروايات لا يثبت حكم إحداهن الا بترجيح على انه لو ثبت ذلك عن حذيفة فلا يجوز الاحتجاج به مع مخالفة الكتاب وقول سائر العلماء، وأما اقرارهم بالجزية فلاننا غلبنا حكم التحريم لدمائهم فيجب ان يغلب حكم التحريم في ذبائحهم ونسائهم

(فصل) وسائر الكفار غير أهل الكتاب كمن عبد ما استحسن من الاصنام والاحجار والشجر والحيوان فلا خلاف بين أهل العلم في تحريم نسائهم وذبائحهم ، وذلك لما ذكرنا من الآيتين وعدم المعارض لهما ، والمرتدة يحرم نكاحها على أي دين كانت لانه لم يثبت لها حكم أهل الدين الذي انتقلت اليه في إقرارها عليه ففي حلها أولى

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا كان أحد أبوي الكافرة كتابيا والآخر وثنيا لم ينكحها مسلم)

وجملته أنه إذا كان أحد أبوي الكتابية غير كتابي لم يحل نكاحها سواء كان وثنيا أو مجوسيا أو مرتدا ، وبهذا قال الشافعي في ما اذا كان الاب غير كتابي لان الولد ينسب إلى أبيه ويشرف بشرفه وينسب الى قبيلته ، وان كانت الام غير كتابية فله فيه قولان ولنا أنها غير متمحضة من أهل الكتاب فلم

وجلدها مائة رواه سعيد ورأي النبي ﷺ امرأة على باب فسطاط فقال لعله يريد ان يلم بها قالوا نعم قال « لقد هممت ان العنه لعنة تدخل معه قبره كيف يستخدمه وهو لا يحل له ؟ ام كيف يورثه وهو لا يحل له؟» اخرجه مسلم ولانها حامل من غيره فحرم عليه نكاحها كسائر الحوامل واذا ثبت هذا لزمتها العدة وحرم النكاح فيها لانها في الاصل لمعرفة براءة الرحم ولانها قبل العدة يحتمل ان تكون حاملا فلم يصح نكاحها كالموطوءة بشبهة وقال أبو حنيفة والشافعي لاعدة عليها الا انه وطء لا تصير به فراشا اشبه وطء الصغير

ولنا ماذكرناه واذا لم يصح نكاح الحامل فغيرها اولى ولان وطء الحامل لايفضي الى اشتباه النسب وغيرها يحتمل ان يكون ولدها من الاول ويحتمل ان يكون من الثاني فيفضي الى اشتباه الانساب فكان التحريم أولى ولانه وطء في القبل فأوجب العدة كوطء الشبهة ولا يسلم وطء الصغير الذي يمكنه الوطء (والشرط الثاني) ان تتوب من الزنا وبه قال قتادة واسحاق وأبو عبيد وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي لا يشترط ذلك لما روي ان عمر ضرب رجلا وامرأة في الزنا وحرص ان يجمع بينهما فأبى الرجل وروي ان رجلا سأل ابن عباس عن نكاح الزانية فقال يجوز أرأيت لو سرق من كرم ثم ابتاعه اكان يجوز

ولنا قول الله عز وجل وحرم ذلك على المؤمنين وهي قبل التوبة في حكم الزنا فاذا تابت زال

يجز للمسلم نكاحها كالو كان أبواها وثنيا ولأنها مولودة بين من يحل و بين من لا يحل فلم يحل كالسمع والبغل ويحتمل أن تحل بكل حال لدخولها في عموم الآية المبيحة ولأنها كتابية تقر على دينها فأشبهت من أبواها كتابيان والحكم فيمن أبواها غير كتابيين كالحكم فيمن أحد أبويها كذلك لأنها إذا حرمت لكون أحد أبويها وثنيا فلان تحرم اذا كانا وثنيين أولى والاحتمال الذي ذكرناه ثم تتحقق ههنا اعتبار الحال نفسها دون أبويها

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا تزوج كتابية فانتقلت الى دين آخر من الكفر غير دين أهل الكتاب اجبرت على الاسلام فان لم تسلم حتى انقضت عدتها انفسخ نكاحها)

الكلام في هذه المسئلة في فصول أربعة (الاول) أن الكتابي اذا انتقل الى غير دين أهل الكتاب لم يقر عليه لانعلم في هذا خلافا فانه اذا انتقل الى دين لا يقر أهله بالجزية كعبادة الاوثان وغيرها مما يستحسنه فالاصلي منهم لايقر على دينه فالمنتقل اليه أولى، وان انتقل إلى المجوسية لم يقر أيضا لانه انتقل إلى أنقص من دينه فلم يقر عليه كالمسلم اذا ارتد فاما ان انتقل الى دين آخر من دين أهل الكتاب كاليهودي يتنصر أو النصراني يتهود ففيه روايتان (إحداهما) لا يقر أيضا لانه انتقل الى دين باطل قد أقر ببطلانه فلم يقر عليه كالمرتد (والثانية) يقر عليه نص عليه احمد وهو ظاهر كلام الخرقي واختيار الخلال وصاحبه وقول أبي حنيفة لانه لم يخرج عن دين أهل الكتاب فأشبه

ذلك لقول النبي ﷺ « التائب من الذنب كمن لاذنب له ـ وقوله ـ التوبة تمحو الحوبة » وروي ان مرثد الغنوي دخل مكة فرأى امرأة فاجرة يقال لها عناق فدعته الى نفسها فلم يجبها فلما قدم المدينة سأل رسول الله ﷺ فقال له أنكح عناق؟ فلم يجبه فنزل قوله تعالى الزاني لاينكح الا زانية او مشركة والزانية لاينكحها الازان أو مشرك فدعاه رسول الله ﷺ فتلى عليه الآية وقال لاتنكحها ولانها لو كانت مقيمة على الزنا لايأمن ان تلحق به ولداً من غيره وتفسد فراشه وأما حديث عمر فالظاهر انه استتابهما وحديث ابن عباس ليس فيه بيان ولاتعرض له بمحل النزاع اذا ثبت هذا فعدة الزانية كعدة المطلقة لانه استبراء لحرة اشبه عدة الموطوءة بشبهة وحكى ابن أبي موسى عن أحمد انها تستبرأ بحيضة لانه ليس من نكاح ولاشبهة نكاح فأشبه استبراء ام الولد اذا عتقت وأما التوبة فهي الاستغفار والندم والاقلاع عن الذنب كالتوبة من سائر الذنوب وروي عن ابن عمر انه قيل له كيف تعرف توبتها؟ قال يريدها على ذلك فان طاوعته فلم تتب وان ابت فقد تابت فصار احمد الى قول ابن عمر اتباعا له

قال شيخنا والصحيح الاول فانه لاينبغي لمسلم ان يدعو امرأة الى الزنا ويطلبه منها فان طلبه منها انما يكون في خلوة ولا تحل الخلوة بأجنبية ولو كان في تعليمها القرآن فكيف في مراودتها على الزنا؟ ثم لايأمن ان أجابته الى ذلك ان يعود الى المعصية فلا يحل التعريض لمثل هذا ولان التوبة من سائر الذنوب في حق سائر الناس بالنسبة الى سائر الاحكام على غير هذا الوجه فكذلك هذا

المنتقل وللشافعي قولان كالروايتين فاما المجوسي إذا انتقل الى دين لا يقر أهله عليه لم يقر كاهل ذلك الدين وان انتقل الى دين أهل الكتاب خرج فيه الروايتان وسواء فيما ذكرنا الرجل والمرأة لعموم قوله عليه السلام « من بدل دينه فاقتلوه » ولعموم المعنى الذي ذكرناه فيهما جميعا

(الفصل الثاني) أن المنتقل إلى غير دين أهل الكتاب لا يقبل منه إلا الاسلام نص عليه احمد واختاره الخلال وصاحبه وهو أحد أقوال الشافعي لان غير الاسلام أديان باطلة قد أقر ببطلانها فلم يقر عليها كالمرتد ، وعن أحمد أنه لا يقبل الا الاسلام او الدين الذي كان عليه لان دينه الاول قد أقررناه عليه مرة ولم ينتقل الى خير منه فنقره عليه ان رجع اليه ولانه منتقل من دين يقر أهله عليه إلى دين لا يقر أهله عليه فيقبل منه الرجوع اليه كالمرتد إذا رجع إلى الاسلام ، وعن احمد رواية ثالثة أنه يقبل منه أحد ثلاثة أشياء . الاسلام او الرجوع إلى دينه الاول ، او دين يقر أهله عليه لعموم قوله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وان انتقل الى دين أهل الكتاب وقلنا لا يقر ففيه الروايتان (احداهما) لا يقبل منه إلا الاسلام ، والآخرى لا يقبل منه إلا الاسلام او الدين الذي كان عليه

(الفصل الثالث) في صفة إجباره على ترك ما انتقل اليه وفيه روايتان (احداهما) أنه يقتل ان لم يرجع رجلا كان او امرأة لعموم قوله عليه السلام « من بدل دينه فاقتلوه » ولانه ذمي نقض العهد فأشبه ما لو نقضه بترك التزام الذمة وهل يستتاب ؟ يحتمل وجهين

(فصل) واذا وجد الشرطان حل نكاحها للزاني وغيره في قول أكثر أهل العلم منهم أبو بكر وعمر وابنه وابن عباس وجابر وسعيد بن المسيب وعطاء والحسن والزهري والثوري والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي وقد روي عن ابن مسعود والبراء بن عازب وعائشة انها لا تحل للزاني بحال قالوا لا يزالا زانيين ما اجتمعا لعموم الآية والخبر فيحتمل انهم ارادوا بذلك ما كان قبل التوبة أو قبل استبرائها فيكون كقولنا، فاما تحريمها على الاطلاق فلا يصح لقول الله تعالى (وأحل لكم ماوراء ذلكم) ولانها محلة لغير الزاني فحلت له كغيرها

(فصل) فان زنت امرأة رجل أو زنى زوجها لم ينفسخ النكاح سواء كان قبل الدخول أو بعده في قول عامة أهل العلم منهم عطاء والنخعي والثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وعن جابر بن عبد الله ان المرأة اذا زنت يفرق بينهما وليس لها شيء وكذلك روي عن الحسن وروي عن علي رضي الله عنه انه فرق بين رجل وامرأته زنى قبل أن يدخل بها ، واحتج لهم بأنه لو قذفها ولاعنها بانت منه لتحققه الزنا عليها فدل على ان الزنا يبينها

ولنا ان دعوى الزنا عليها لا يبينها ولو كان النكاح ينفسخ به لانفسخ بمجرد دعواه كالرضاع ولانها

(أحدهما) يستتاب لانه يسترجع عن دين باطل انتقل اليه فيستتاب كالمرتد (والثاني) لا يستتاب لانه كافر أصلي أبيح قتله فأشبه الحربي ، فعلى هذا إن بادر وأسلم أو رجع إلى مايقر عليه عصم دمه وإلا قتل (والرواية الثانية) عن أحمد قال اذا دخل اليهودي في النصرانية رددته إلى اليهودية ولم أدعه فيما انتقل اليه فقيل له أتقتله ؟ قال لا ولكن يضرب ويحبس قال وإن كان نصرانيا أو يهوديا فدخل في المجوسية كان أغلظ لانه لاتؤكل ذبيحته ولا تنكح له امرأة ولا يترك حتى يرد اليها فقيل له تقتله اذا لم يرجع ؟ قال انه لاهل ذلك وهذا نص في أن الكتابي المنتقل الى دين آخر من دين أهل الكتاب لايقتل بل يكره بالضرب والحبس

(الفصل الرابع) ان امرأة المسلم الذمية اذا انتقلت إلى دين غير دين أهل الكتاب فهي كالمرتدة لان غير دين أهل الكتاب لايحل نكاح نسائهم فمتى كان قبل الدخول انفسخ نكاحها في الحال ولا مهر لها لان الفسخ من قبلها ، وإن كان بعده وقف على انقضاء العدة في إحدى الروايتين والاخرى ينفسخ في الحال أيضا

﴿ مسئلة ﴾ قال (وأمته الكتابية حلال له دون أمته المجوسية)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) أن أمته الكتابية حلال له وهذا قول عامة أهل العلم إلا الحسن فانه كرهه لان الامة الكتابية يحرم نكاحها فحرم التسري بها كالمجوسية

معصية لاتخرج عن الاسلام فأشبهت السرقة، فأما اللعان فان يقتضي الفسخ بدون الزنى بدليل انها اذا لاعنته فقد قابلته فلم يثبت زناها ولذلك أوجب النبي ﷺ الحد على من قذفها والفسخ واقع ولكن احمد استحب للزوج مفارقة امرأته اذا زنت وقال لا أرى ان يمسك مثل هذه لانه لا يؤمن ان تفسد فراشه وتلحق به ولداً ليس منه ،قال ابن المنذر لعل من كره هذه المرأة انما كرهها على غير وجه التحريم فيكون مثل قول أحمد ولا يطؤها حتى يستبرئها بثلاث حيض لما روى رويفع بن ثابت قال سمعت رسول الله ﷺ يقول «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماءه زرع غيره» يعني اتيان الحبالى ولانها ربما تأتي بولد من الزنا فينسب اليه ،والاولى انه يكفي ان يستبرىء بحيضة واحدة لأنها تكفي في استبراء الاماء وفي ام الولد اذا عتقت بموت سيدها أو باعتاقه فكفى ههنا ولان المقصود مجرد الاستبراء وقد حصل بحيضة فاكتفى بها

(فصل) اذا علم الرجل من امته الفجور فقال احمد لا يطؤها لعلها ان تلحق به ولداً ليس منه قال ابن مسعود أكره ان أطأ أمتي وقد بغت، وروى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه كان ينهى أن يطأ الرجل أمته وفي بطنها ولد جنين لغيره قال ابن عبد البر هذا مجمع على تحريمه وكان ابن عباس يرخص في وطء الامة الفاجرة وروي ذلك عن سعيد بن المسيب ولعل من كره ذلك كرهه قبل الاستبراء اذا لم يحصنها ويمنعها من الفجور ومن اباحه أباحه بعدهما فيكون القولان متفقين والله أعلم .

ولنا قول الله تعالى (إلا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم فانهم غير ملومين) ولانها ممن يحل نكاح حرائرهم فحل له التسري بها كالمسلمة ، فأما نكاحها فيحرم لان فيه ارقاق ولده وابقاءه مع كافرة بخلاف التسري

(الفصل الثاني) أن من حرم نكاح حرائرهم من المجوسيات وسائر الكوافر سوى أهل الكتاب لايباح وطء الاماء منهن بملك اليمين في قول أكثر أهل العلم منهم مرة الهمذاني والزهري وسعيد بن جبير والاوزاعي والثوري وابو حنيفة ومالك والشافعي قال ابن عبد البر على هذا جماعة فقهاء الامصار وجمهور العلماء وما خالفه فشذوذ لايعد خلافا ولم يبلغنا اباحة ذلك الا عن طاوس ، ووجه قوله عموم قوله تعالى (والمحصنات من النساء الا ماملكت أيمانكم) والآية الاخرى . روى ابو سعيد أن رسول الله ﷺ بعث يوم حنين بعثا قبل أوطاس فأصابوا منهم سبايا وكأن ناسا من أصحاب رسول الله ﷺ تحرجوا من غشيانهن من أجل أزواجهن من المشركين فأنزل الله عز وجل في ذلك (والمحصنات من النساء إلا ماملكت أيمانكم) قال فهن لهم حلال اذا انقضت عدتهن ، وعنه أن رسول الله ﷺ قال في سبايا أوطاس « لاتوطأ حامل حتى تضع ، ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة » رواهما ابو داود وهو حديث صحيح وهم عبدة أوثان وهذا ظاهر في اباحتهن ولان الصحابة في عهد النبي ﷺ

(مسئلة) (وتحرم مطلقته ثلاثاً حتى تنكح زوجا غيره)

لقول الله تعالى (فان طلقها فلاتحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) بعد قوله (الطلاق مرتان) وسنذكر هذا في باب الرجعة بأبسط من هذا ان شاء الله تعالى

(مسئلة) (وتحرم المحرمة حتى تحل) .

يحرم نكاح المحرمة ويحرم على المحرم أن يعقد النكاح في حال احرامه فان عقد أحد نكاحا لمحرم أو على محرمة أو عقد المحرم نكاحا لنفسه أو لغيره لم يصح لقول النبي ﷺ « لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب » رواه مسلم وعنه ان عقد المحرم النكاح لغيره صحيح لانه حرم عليه لكونه من دواعي الوطء ولايحصل ذلك بكونه وليا والاول أولى لعموم الخبر وقد ذكرنا هذه المسئلة في الحج وذكرنا الاختلاف فيها

(مسئلة) (ولايحل لمسلمة نكاح كافر بحال) لقول الله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) ولقوله سبحانه (لاهن حل لهم) ولانعلم خلافاً في ذلك

(مسئلة) (ولا يحل لمسلم نكاح كافرة بحال الا حرائر أهل الكتاب)

ليس بين اهل العلم بحمد الله اختلاف في حل نساء اهل الكتاب للمسلم وممن روي عنه ذلك عمر وعثمان وطلحة وحذيفة وسلمان وجابر وغيرهم قال ابن المنذر لا يصح عن احد من الاوائل أنه حرم ذلك، وروى الخلال باسناده ان حذيفة وطلحة والجارود بن المعلى واذينة العبدي تزوجوا نساء

كان أكثر سباياهم من كفار العرب وهم عبدة أوثان فلم يكونوا يرون تحريمهن لذلك ولا نقل عن النبي ﷺ تحريمهن ولا أمر الصحابة باجتنابهن. وقد دفع ابو بكر إلى سلمة بن الاكوع امرأة من بعض السبي نفلها اياه ، وأخذ عمر وابنه من سبي هوازن وغيرهما من الصحابة والحنفية أم محمد بن الحنفية من سبي بني حنيفة وقد أخذ الصحابة سبايا فارس وهم مجوس فلم يبلغنا أنهم اجتنبوهن وهذا ظاهر في اباحتهن لولا اتفاق أهل العلم على خلافه وقد أجيب عن حديث أبي سعيد باجوبة منها انه يحتمل أنهن أسلمن كذلك. روي عن احمد أنه سأله محمد بن الحكم قال: قلت لابي عبد الله هوازن أليس كانوا عبدة أوثان ؟ قال لا أدري كانوا أسلموا أو لا وقال ابن عبد البر اباحة وطئهن منسوخة بقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن)

﴿ مسئلة ﴾ قال (وليس للمسلم وإن كان عبداً أن يتزوج أمة كتابية)

لان الله تعالى قال (من فتياتكم المؤمنات) هذا ظاهر مذهب أحمد رواه عنه جماعة وهو قول الحسن والزهري ومكحول ومالك والشافعي والثوري والاوزاعي والليث واسحاق . وروي ذلك عن عمر وابن مسعود ومجاهد ، وقال ابو ميسرة وابو حنيفة يجوز للمسلم نكاحها لانها تحل بملك اليمين فحلت بالنكاح كالمسلمة .

من اهل الكتاب وبه قال سائر اهل العلم ولم ينقل تحريمه الاعن الامامية تمسكا بقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات* ولا تمسكوا بعصم الكوافر)

ولنا قول الله تعالى (اليوم أحل لكم الطيبات -إلى قوله- والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم اذا آتيتموهن اجورهن) وإجماع الصحابة . فأما قوله سبحانه (ولا تنكحوا المشركات) فروي عن ابن عباس أنها نسخت بالآية التي في سورة المائده وكذلك ينبغي ان يكون ذلك في الآية الاخرى لانهما متقدمتان والآية التي في المائده متأخرة عنها ،وقال آخرون ليس هذا نسخاً فان لفظة المشركين باطلاقها لا تتناول أهل الكتاب بدليل قوله سبحانه (لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين) وقال (ان الذين كفروا من اهل الكتاب) وقال(لتجدن اشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين أشركوا) وقال (مايود الذين كفروا من أهل الكتاب ولا المشركين) وسائر آي القرآن تفصل بينهما فدل على ان لفظة المشركين باطلاقها لا تتناول اهل الكتاب وهذا معنى قول سعيد بن جبير وقتادة ولان ما احتجوا به عام في كل كافر وماينا خاص في حل نساء اهل الكتاب والخاص يجب تقديمه. اذا ثبت هذا فالاولى أن لا يتزوج كتابية لان عمر قال للذين تزوجوا نساء أهل الكتاب طلقوهن ففعلوا الاحذيفة فقال له عمر طلقها قال أتشهد انها حرام؟ قال هي حرة طلقها قال تشهد انها حرام قال هي حرة قال قد علمت انها حرة ولكنها لي حلال فلما كان بعد طلقها. فقيل له

ونقل ذلك عن أحمد قال لا بأس بتزويجها الا أن الخلال رد هذه الرواية وقال انما توقف احمد فيها ولم ينفذ له قول ومذهبه انها لا تحل لقول الله تعالى (فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات) فشرط في إباحة نكاحهن الايمان ولم يوجد، وتفارق المسلمة لانه لا يؤدي إلى استرقاق الكافر ولدها لان الكافر لا يقر ملكه على مسلمة والكافرة تكون ملكا لكافر ويقر ملكه عليها وولدها مملوك لسيدها ولانه عقد اعتوره نقصان نقص الكفر والملك فاذا اجتمعا منعا كالمجوسية لما اجتمع فيها نقص الكفر وعدم الكتاب لم يبح نكاحها، ولا فرق بين الحر والعبد في تحريم نكاحها لعموم ما ذكرنا من الدليل ولان ما حرم على الحر تزويجه لاجل دينه حرم على العبد كالمجوسية

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا لحر مسلم أن يتزوج أمة مسلمة الا أن لا يجد طولا لحرة مسلمة ويخاف العنت)

الكلام في هذه المسئلة في شيئين (أحدهما) انه يحل له نكاح الامة المسلمة اذا وجد فيه الشرطان عدم الطول وخوف العنت، وهذا قول عامة العلماء لا نعلم بينهم اختلافا فيه، والاصل فيه قول الله سبحانه (ومن لم يستطع منكم طولا) الآية، والصبر عنها مع ذلك خير وأفضل لقول الله تعالى (وان تصبروا خير لكم) [والثاني] إذا عدم الشرطان أو أحدهما لم يحل نكاحها لحر، روي ذلك عن جابر وابن عباس وبه قال عطاء وطاوس والزهري وعمرو بن دينار ومكحول ومالك والشافعي واسحاق

الا طلقتها حين أمرك عمر قال كرهت ان يرى الناس اني ركبت امراً لا ينبغي لي، ولانه ربما مال اليها قلبه فتفتنه وربما كان بينهما ولد فيميل اليها

(فصل) وأهل الكتاب الذين هذا حكمهم أهل التوراة والانجيل قال الله تعالى (ان تقولوا انما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا) فان أهل التوراة اليهود والسامرة وأهل الانجيل النصارى ومن وافقهم من الارمن وغيرهم، وأما الصابئون فاختلف فيهم السلف كثيراً فروي عن أحمد أنهم جنس من النصارى ونص عليه الشافعي وعلق القول فيهم في موضع آخر وعن أحمد قال بلغني انهم يسبتون فهؤلاء اذا يشبهون اليهود والصحيح فيهم أنهم ان كانوا يوافقون اليهود أو النصارى في أصل دينهم ويخالفونهم في فروعه فهم ممن وافقوهم وان خالفوهم في أصل الدين فليس هم منهم، فأما من سوى هؤلاء من الكفار مثل المتمسك بصحف ابراهيم وشيث وزبور داود فليسوا باهل كتاب لا تحل مناكحتهم ولا ذبائحهم وهذا قول الشافعي وذكر القاضي فيه وجها آخر أنهم من أهل الكتاب تحل ذبائحهم ونكاح نسائهم ويقرون بالجزية لانهم تمسكوا بكتاب من كتب الله فاشبهوا اليهود والنصارى

ولنا قول الله تعالى (ان تقولوا انما انزل الكتاب على طائفتين من قبلنا) ولان تلك الكتب كانت مواعظ وامثالا فيها أحكام فلم يثبت لها حكم الكتب المشتملة على الاحكام

(فصل) فأما المجوس فليس لهم كتاب ولا تحل ذبائحهم ولا نكاح نسائهم نص عليه أحمد وهو قول

وقال مجاهد مما وسع الله على هذه الامة نكاح الامة وان كان موسراً وبه قال أبوحنيفة الا أن يكون تحته حرة لان القدرة على النكاح لا تمنع النكاح كما يمنعه وجود النكاح كنكاح الاخت والخامسة وقال قتادة والثوري إذا خاف العنت حل له نكاح الامة وان وجد الطول لان إباحتها لضرورة خوف العنت وقد وجدت فلا يندفع إلا بنكاح الامة فأشبه عادم الطول

ولنا قول الله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات - الى قوله - ذلك لمن خشي العنت منكم) فشرط في نكاحها عدم استطاعة الطول فلم يجز مع الاستطاعة كالصوم في كفارة الظهار مع عدم استطاعة الاعتاق ولان في تزويج الامة إرقاق ولده مع الغنى عنه فلم يجز كما لو كان تحته حرة، وقياسهم ليس بصحيح فان نكاح الخامسة والاخت انما حرم لاجل الجمع وبالقدرة على الجمع لا يصير جامعاً والعلة ههنا هو الغنى عن إرقاق ولده وذلك يحصل بالقدرة على نكاح الحرة، وأما من يجد الطول ويخاف العنت فان كان ذلك لكونه لا يجد إلا حرة صغيرة أو غائبة أو مريضة لا يمكن وطؤها أو وجد مالا ولم يتزوج لقصور نسبه فله نكاح الامة لانه عاجز عن حرة تعفه، وان كانت الحرة في حبالة غيره فله نكاح أمة نص عليه أحمد في الغائبة وهو ظاهر مذهب الشافعي. وقال بعضهم لا يجوز لوجدان الطول

ولنا انه غير مستطيع الطول الى حرة تعفه فأشبه من لا يجد شيئا، ألا ترى ان الله سبحانه جعل ابن

عامة العلماء الا أبا ثور فانه أباح ذلك لقول النبي ﷺ «سنوا بهم سنة أهل الكتاب» ولانه يروى أن حذيفة تزوج مجوسية ولانهم يقرون بالجزية فاشبهوا اليهود والنصارى

ولنا قول الله تعالى (ولا تنكحوا المشركات) وقوله (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) فخص ذلك أهل الكتاب فمن عداهم يبقى على العموم ولم يثبت أن للمجوس كتاباً وسئل أحمد أيصح أن للمجوس كتابا فقال هذا باطل واستعظمه جدا ولو ثبت أن لهم كتابا فقد بينا أن حكم اهل الكتاب لا يثبت بغير أهل الكتابين، وقوله عليه الصلاة والسلام «سنوا بهم سنة أهل الكتاب» دليل على أنه لا كتاب لهم وإنما أراد النبي ﷺ في حقن دمائهم واقرارهم بالجزية لا غير وذلك أنهم لما كانت لهم شبهة كتاب غلب ذلك في تحريم دمائهم فيجب أن يغلب حكم التحريم لنسائهم وذبائحهم فانا اذا غلبنا الشبهة في التحريم فتغليب الدليل الذي عارضته الشبهة في التحريم أولى، ولم يثبت أن حذيفة تزوج مجوسية وقال أبو وائل يقول تزوج بيهودية وهو أوثق ممن روى عنه أنه تزوج مجوسية وقال ابن سيرين كانت امرأة حذيفة نصرانية ومع تعارض الروايات لا يثبت حكم إحداهن إلا بترجيح ولو ثبت عن حذيفة لم يجز الاحتجاج به مع مخالفة الكتاب وقول سائر العلماء، وأما اقرارهم بالجزية فلاننا غلبنا حكم التحريم لدمائهم فيجب ان نغلب حكم التحريم في ذبائحهم ونسائهم.

السبيل الذي له اليسار في بلده فقيراً لعدم قدرته عليه في الحال ، فان كانت له حرة يتمكن من وطئها والعفة بها فليس بخائف العنت

(فصل) وان قدر على تزوج كتابية تعفه لم يحل له نكاح الامة وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وذكر وجهاً آخر انه يجوز لقول الله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات) وهذا غير مستطيع لذلك

ولنا قول الله تعالى (ذلك لمن خشي العنت منكم) وهذا غير خائف له ولانه قدر على صيانة ولده عن الرق فلم يجز له إرقاقه كما لو قدر على نكاح مؤمنة

(فصل) ومن كانت تحته حرة يمكنه أن يستعف بها لم يجز له نكاح أمة لا نعلم في هذا خلافا ولا فرق بين الكتابية والمسلمة في ذلك لما ذكرنا من قبل

(فصل) فان لم يجد طولا لكن وجد من يقرضه ذلك لم يلزمه لان عليه ضرراً في بقاء الدين في ذمته ولصاحبه مطالبته به في الحال وكذلك ان رضيت الحرة بتأخير صداقها أو تفويض بضعها لان لها مطالبته بعوضه وكذلك ان بذل له باذل أن يزن له عنه او يهبه إياه لم يلزمه قبوله لما عليه من ضرر المنة وله في ذلك كله نكاح الامة ، وان لم يجد من يزوجه إلا بأكثر من مهر المثل وكان قادراً عليه ولا يجحف به لم يكن له نكاح الامة وقال أصحاب الشافعي له ذلك كما لو لم يجد الماء إلا بزيادة

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان أحد أبويها غير كتابي أو كانت من نساء بني تغلب فهل تحل له ؟ على روايتين)

إذا كان أحد أبوي الكافرة كتابياً والآخر غير كتابي لم يحل نكاحها في إحدى الروايتين اختارها الخرقي سواء كان وثنيا أو مجوسيا أو مرتداً ، وبهذا قال الشافعي فيما اذا كان الاب غير كتابي لان الولد ينسب إلى أبيه ويشرف بشرفه وينسب الى قبيلته وان كانت الام فله فيه قولان

ولنا أنها غير متمحضة من أهل الكتاب أشبه مالو كان أبوها وثنيا ولانها متولدة بين من يحل ومن لا يحل فلم يحل كالسمع والبغل وفيه رواية ثانية أنها تحل بكل حال لدخولها في عموم الآية المبيحة ولانها كتابية فأشبهت من أبواها كتابيان وعلى هذا فالحكم فيمن أبواها غير كتابيين كالحكم فيمن أحد أبويها غير كتابي لانها اذا حرمت بكون أحد أبويها وثنيا فلأن تحرم إذا كانا وثنيين أولى وعلى الرواية التي تقول لا تحرم فهو متحقق وان كان أبواها وثنيين اعتباراً بحال نفسها دون أبويها

(فصل) فان كانت من نساء بني تغلب ففيها أيضا روايتان (احداهما) تحل وهي أصح لدخولها في قوله تعالى (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم وهم اليهود والنصارى) والثانية تحرم لنساء بني تغلب لانا لا نعلم دخولهم في دينهم قبل تبديل كتابهم

(فصل) وسائر الكفار غير أهل الكتاب كمن عبد ما استحسن من الاصنام والاحجار والشجر

عن ثمن المثل فله التيمم . ولنا قول الله تعالى [فمن لم يستطع منكم طولا] وهذا مستطيع ولانه قادر على نكاح حرة بما لا يضره فلم يجز له ارقاق ولده كما لو كان بمهر مثلها ولا نسلم ماذكروه في التيمم ثم هذا مفارق التيمم من وجهين (أحدهما) أن التيمم رخصة عامة وهذا أبيح للضرورة ومع القدرة على الحرة لاضرورة (والثاني) أن التيمم يتكرر فالايجاب بشرائه بزيادة على ثمن المثل يفضي الى الاجحاف به وهذا لا يتكرر فلا ضرر فيه

(فصل) وإن كان في يده مال فذكر انه معسر وان المال لغيره فالقول قوله لانه حكم بينه وبين الله تعالى فقبل قوله فيه كما لو ادعى مخافة العنت ، ومتى تزوج الامة ثم أقر أنه كان موسراً حال النكاح فرق بينهما لانه أقر بفساد نكاحه ، وهكذا إن أقر أنه لم يكن يخشى العنت فان كان قبل الدخول وصدقه السيد فلا مهر وإن كذبه فله نصف المسمى لانه يدعي صحة النكاح والاصل معه ، وإن كان بعد الدخول فعليه المسمى جميعه الا أن يكون مهر المثل أكثر فعلى قول من أوجب مهر المثل في النكاح الفاسد يلزمه مهر المثل لاقراره به فان كان المسمى أكثر وجب وللسيد أن لا يصدقه فيما قال فيكون له من المهر ما يجب في النكاح الفاسد وهل ذلك المسمى أو مهر المثل؟ على روايتين

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومتى عقد عليها وفيه الشرطان عدم الطول وخوف العنت ثم أيسر لم ينفسخ النكاح)

هـذا ظاهر المذهب وهو مذهب الشافعي ، وفي المذهب وجه آخر انه يفسد النكاح وهو قول المزني

والحيوان فلا خلاف بين اهل العلم في تحريم نسائهم وذبائحهم وذلك لما ذكرنا من الآيتين وعدم المعارض لهما ، والمرتدة يحرم نكاحها على أي دين كانت لانه لم يثبت لها حكم أهل الدين الذي انتقلت اليه باقرارها عليه ففي حلها أولى

﴿مسئلة﴾ (وليس للمسلم وان كان عبدا نكاح أمة كتابية وعنه يجوز)

ظاهر مذهب احمد ان ذلك لا يجوز رواه عنه جماعة ، وهو قول الحسن والزهري ومكحول ومالك والشافعي والثوري والاوزاعي والليث واسحاق ، وروي ذلك عن عمر وابن مسعود ومجاهد وقال أبو ميسرة وأبو حنيفة يجوز للمسلم نكاحها لأنها تحل بملك اليمين فحلت بالنكاح كالمسلمة ونقل ذلك عن احمد قال لا بأس بتزويجها الا ان الخلال رد هذه الرواية وقال إنما توقف احمد فيها ولم ينفذ له قول ، ومذهبه أنها لا تحل لقول الله تعالى (فما ملكت ايمانكم من فتياتكم المؤمنات) فشرط في إباحة نكاحهن الايمان ولم يوجد، وتفارق المسلمة لانه لا يؤدي الى استرقاق الكافر ولدها لان الكافر لا يقر ملكه على مسلمة والكافرة تكون ملكا لكافر ويقر ملكه عليها وولدها مملوك لسيدها ولانه عقد اعتوره نقصان نقص الكفر والملك فاذا اجتمعا منعا كالمجوسية لما اجتمع فيها نقص الكفر وعدم الكتاب لم يبح نكاحها ، ولا فرق بين الحر والعبد في تحريم نكاحها لعموم ماذكرنا

لانه انما أبيح للحاجة فاذا زالت الحاجة لم يجز له استدامته كمن أبيح له أكل الميتة للضرورة فاذا وجد الحلال لم يستدمه .

ولنا أن فقد الطول أحد شرطي اباحة نكاح الامة فلم تعتبر استدامته كخوف العنت، ويفارق أكل الميتة فان أكلها بعد القدرة ابتداء الاكل وهذا لايبتدي النكاح انما يستديمه والاستدامة للنكاح تخالف ابتداءه بدليل أن العدة والردة وأمن العنت يمنعن ابتداءه دون استدامته

(فصل) وإن تزوج على الامة حرة صح وفي بطلان نكاح الامة روايتان (إحداهما) لايبطل وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء والشافعي وأصحاب الرأي، وروي معنى ذلك عن علي رضي الله عنه (والرواية الثانية) ينفسخ نكاح الامة وهو قول ابن عباس ومسروق واسحاق والمزني، ووجه الروايتين ماتقدم في المسئلة، وقال النخعي إن كان له من الامة ولد لم يفارقها والا فارقها ولا يصح لان ماكان مبطلا للنكاح في غير ذات الولد أبطله في ذات الولد كسائر مبطلاته ولان ولده منها مملوك لسيدها ونفقته عليه وقد استدل على بقاء النكاح بما روي عن علي انه قال : اذا تزوج الحرة على الامة قسم للحرة ليلتين وللامة ليلة فانه لو بطل بنكاح الحرة لبطل بالقدرة عليه فان القدرة على المبدل كاستعماله بدليل الماء مع التراب

من الدليل ولان ما حرم على الحر ذبحه من أجل دينه حرم على العبد كالمجوسية

﴿مسئلة﴾ (ولا يحل لحر نكاح امة مسلمة الا ان يخاف العنت ولا يجد طولا لنكاح حرة ولا ثمن أمة)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين

(احدهما) انه يحل له نكاح الامة المسلمة اذا وجد فيه الشرطان : خوف العنت وعدم الطول وهذا قول عامة العلماء لا نعلم بينهم فيه اختلافا لقول الله سبحانه (ومن لم يستطع منكم طولا) الآية والصبر عنها مع ذلك خير وافضل لقول الله تعالى (وان تصبروا خير لكم)

(الفصل الثاني) اذا عدم الشرطان أو أحدهما لم يحل نكاحها لحر روي ذلك عن جابر وابن عباس وبه قال عطاء وطاوس والزهري وعمرو بن دينار ومكحول ومالك والشافعي واسحاق، وقال مجاهد مما وسع الله على هذه الامة نكاح الامة وان كان موسراً وبه قال أبو حنيفة الا أن يكون تحته حرة لان القدرة على النكاح لا تمنع من النكاح كما يمنعه وجود النكاح كنكاح الاخت والخامسة، وقال قتادة والثوري إذا خاف العنت حل له نكاح الامة وان وجد الطول لان إباحتها لضرورة خوف العنت وقد وجدت ولا يندفع إلا بنكاح الامة فأشبه عدم الطول

ولنا قول الله سبحانه وتعالى (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات — الى قوله — ذلك لمن خشي العنت) فشرط في نكاحها عدم استطاعة الطول

﴿ مسئلة ﴾ قال (وله أن ينكح من الاماء أربعا اذا كان الشرطان فيه قائمين)

اختلفت الرواية عن احمد في إباحة أكثر من أمة اذا لم تعفه فعنه انه قال اذا خشي العنت تزوج أربعا اذا لم يصبر كيف يصنع ؟وهذا قول الزهري والحارث العكلي ومالك وأصحاب الرأي (والرواية الثانية)قال أحمد لا يعجبني أن يتزوج الا أمة واحدة يذهب إلى حديث ابن عباس وهو ماروي عن ابن عباس أن الحر لا يتزوج من الاماء إلا واحدة وقرأ ذلك لمن خشي العنت منكم) وبه قال قتادة والشافعي وابن المنذر لان من له زوجة يمكنه وطؤها لا يخشى العنت ووجه الاولى قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا) الآية وهذا داخل في عمومها ولانه عادم للطول خائف العنت فجاز له نكاح أمة كالاولى، وقولهم لا يخشى العنت قلنا الكلام فيمن يخشاه ولا نبيحه الا له ، وقول ابن عباس يحمل على من لم يخش العنت فكذلك الرواية الاخرى عن احمد ، وان تزوج حرة فلم تعفه فذكر فيها ابو الخطاب روايتين مثل نكاح الامة في حق من تحته أمة لم تعفه لما ذكرنا ، وان كانت الحرة تعفه فلا خلاف في تحريم نكاح الامة ، وان نكح أمة تعفه لم يكن له أن ينكح أخرى فان نكحها فنكاحها باطل لانه يبطل في احداها وليست احداهما باولى من الاخرى فيبطل كما لو جمع بين أختين

(فصل) وللعبد أن ينكح الامة وان فقد فيه الشرطان لانه مساو لها فلم يعتبر فيه هذان الشرطان كالحر مع الحرة، وله نكاح أمتين معا وواحدة بعد واحدة لان خشية العنت غير مشروطة فيه ،

فلم يجز مع الاستطاعة لفوات شرطه وكالصوم في كفارة الظهار مع استطاعة الاعتاق،ولان في تزويج الامة ارقاق ولده مع الغنى عنه فلم يجز كما لو كان تحته حرة ،وقياسهم لا يصح لان نكاح الخامسة والاخت انما حرم لاجل الجمع وبالقدرة على الجمع لا يصير جامعا، والعلة ههنا هو الغنى عن ارقاق ولده وذلك يحصل بالقدرة على نكاح الحرة، وأما من يجد الطول ويخاف العنت فان كان ذلك لكونه لا يجد الا حرة صغيرة أو غائبة أو مريضة لا يمكن وطؤها أو وجد مالا ولم يزوج لقصور نسبه فله نكاح الامة نص عليه أحمد في الغائبة وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال بعضهم لا يجوز لوجدان الطول

ولنا أنه غير مستطيع للطول الى حرة تعفه فأشبه من لا يجد شيئا ألا ترى أن الله سبحانه نزل ابن السبيل الذي له اليسار في بلده فقيرا لعدم قدرته عليه في الحال وان كانت له حرة يتمكن من وطئها والعفة بها فليس بخائف العنت

(فصل)فان قدر على شراء أمة تعفه فهو كما لو وجد طول الحرة لا يحل له نكاح الامة لانه أمكنه صيانة ولده عن الرق فأشبه القادر على طول الحرة وكذلك ان قدر على تزويج كتابية تعفه وهذا ظاهر مذهب الشافعي وذكروا وجها آخر أنه لا يجوز لقول الله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات)وهذا غير مستطيع لذلك

وان تزوج حرة وقلنا ليست الحرية شرطا في نكاح الحرة فهل له أن ينكح أمة ؟ فيه روايتان (احداهما) له ذلك وهو قول مالك والشافعي لانهما متساويان له فلم يشترط لصحة نكاحها عدم الحر كالحر مع الحرة ولانه لو اشترط عدم الحرة لاشترط عدم القدرة عليها كما في حق الحرة (والثانية) لا يجوز وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي لانه يروى عن سعيد بن المسيب أنه قال تنكح الحرة على الامة ولا تنكح الامة على الحرة ، ولانه مالك لبضع حرة فلم يكن له أن يتزوج أمة كالحر وان عقد النكاح عليهما جميعا صح فيهما لان كل واحدة يجوز افرادها بالعقد فجاز بالجمع بينهما كالامتين

(فصل) واذا زنت المرأة لم يحل لمن يعلم ذلك نكاحها الا بشرطين [أحدهما] انقضاء عدتها فان حملت من الزنا فانقضاء عدتها بوضعه ولا يحل نكاحها قبل وضعه وبهذا قال مالك وابو يوسف وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة ، وفي الاخرى قال يحل نكاحها ويصح وهو مذهب الشافعي لانه وطء لا يلحق به النسب فلم يحرم النكاح كما لو لم تحمل

ولنا قول النبي ﷺ « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماءه زرع غيره » يعني وطء الحوامل ، وقول النبي ﷺ « لا توطأ حامل حتى تضع » صحيح وهو عام وروي عن سعيد بن المسيب أن رجلا تزوج امرأة فلما أصابها وجدها حبلى فرفع ذلك إلى النبي ﷺ ففرق بينهما وجعل لها الصداق وجلدها مائة رواه سعيد ، ورأى النبي ﷺ امرأة مجحا(1) على باب فسطاط فقال « لعله يريد

(1) بجيم ثم حاء مهملة هي الحامل قريبة الولادة

ولنا قول الله تعالى (ذلك لمن خشي العنت منكم) وهذا غير خائف له لانه قدر على صيانة ولده من الرق فلم يجز له ارقاقه كما لو قدر على نكاح مؤمنة

(فصل) ومن كانت تحته حرة يمكن أن يستعف بها لم يجز له نكاح أمة لا نعلم في هذا خلافا ولا فرق بين المسلمة والكتابية في ذلك لما ذكرنا من قبل

(فصل) ومن لم يجد طولا لكن وجد من يقرضه ذلك لم يلزمه لان عليه ضررا في بقاء الدين في ذمته ولصاحبه مطالبته بقرضه وكذلك ان بذل له باذل أن يزنه عنه أو يهبه إياه لم يلزمه لما عليه من ضرر المنة في نكاح الامة ، فان لم يجد من يزوجه الا بأكثر من مهر المثل وكان قادراً عليه ولا يجحف به لم يكن له نكاح الامة ، وقال أصحاب الشافعي له ذلك كما لو لم يجد الماء الا بزيادة على ثمن المثل فله التيمم .

ولنا قول الله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا) وهذا مستطيع ولانه قادر على نكاح حرة بما لا يضره فلم يجز له ارقاق ولده كما لو كان بمهر مثلها ، وما ذكروه ممنوع ثم أن هذا مفارق للتيمم من وجهين (أحدهما) أن التيمم رخصة عامة وهذا أبيح للضرورة ومع القدرة على الحرة لا ضرورة (الثاني) أن التيمم يتكرر فايجاب شرائه بزيادة على ثمن المثل يفضي الى اجحاف به وهذا لا يتكرر فلا ضرر فيه

(فصل) فان كان في يده مال فذكر أنه معسر وان المال لغيره فالقول قوله لانه حكم بينه وبين

أن يلم بها » قالوا نعم قال « لقد هممت أن ألعنه لعنا يدخل معه قبره كيف يستخدمه وهو لايحل له أم كيف يورثه وهو لايحل له » أخرجه مسلم ولأنها حامل من غيره فحرم عليه نكاحها كسائر الحوامل

وإذا ثبت هذا لزمتها العدة وحرم عليها النكاح فيها لأنها في الاصل لمعرفة براءة الرحم ولأنها قبل العدة يحتمل أن تكون حاملا فيكون نكاحها باطلا فلم يصح كالموطوءة بشبهة، وقال أبو حنيفة والشافعي لاعدة عليها لانه وطء لاتصير به المرأة فراشا فأشبه وطء الصغير

ولنا ماذكرناه لانه إذا لم يصح نكاح الحامل لغيرها أولى لان وطء الحامل لا يفضي الى اشتباه النسب ، ويحتمل أن يكون ولدها من الاول ويحتمل أن يكون من الثاني فيفضي الى اشتباه الانساب فكان بالتحريم أولى ، ولانه وطء في القبل فأوجب العدة كوطء الشبهه ولا نسلم وطء الصغير الذي يمكن منه الوطء (والشرط الثاني) أن تتوب من الزنا قاله قتادة وإسحاق وأبو عبيد ،وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي لا يشترط ذلك لما روي أن عمر ضرب رجلا وامرأة في الزنا وحرص أن يجمع بينهما فأبى الرجل . وروي أن رجلا سأل ابن عباس عن نكاح الزانية فقال : يجوز أرأيت لو سرق من كرم ثم ابتاعه أكان يجوز ؟

ولنا قول الله تعالى (الزانية لاينكحها إلا زان أو مشرك ــ الى قوله ــ وحرم ذلك على المؤمنين) وهي قبل التوبة في حكم الزنا فاذا تابت زال ذلك لقول النبي ﷺ « التائب من الذنب كمن لاذنب

الله سبحانه وتعالى نقبل قوله فيه كما لو ادعى مخافة العنت، ومتى تزوج الامة ثم ذكر أنه كان موسراً حال النكاح فرق بينهما لانه أقر بفساد نكاحه وهكذا ان أقر أنه لم يكن يخشى العنت فان كان قبل الدخول فصدقه السيد فلا مهر وان كذبه فله نصف المهر لانه يدعي صحة النكاح والاصل معه وان كان بعد الدخول فعليه المسمى جميعه ،فان كان مهر المثل أكثر من المسمى فعلى قول من أوجب مهر المثل فى النكاح الفاسد يلزمه مهر لاقراره به وان كان المسمى أكثر وجب وللسيد أن لا يصدقه فيما قال فيكون له من المهر ما يجب في النكاح الفاسد وهل ذلك المسمى أو مهر المثل؟ على روايتين

﴿مسئلة﴾ (فان تزوجها وفيه الشرطان ثم أيسر أو نكح حرة فهل يبطل نكاح الامة؟ على روايتين)

أما إذا أيسر فظاهر المذهب أنه لا ينفسخ نكاح الامة وهو الذي ذكره الخرقي وهو مذهب الشافعي وفيه رواية أنه يفسد نكاح الامة وهو قول المزني لانه أبيح للحاجة فان زالت الحاجة لم يجز استدامته كمن أبيح له أكل الميتة للضرورة فاذا وجد الحلال لم يستدمه

ولنا أن فقد الطول أحد شرطي اباحة نكاح الامة فلم يعتبر استدامته كخوف العنت ، ويفارق أكل الميتة فان أكلها بعد القدرة ابتدأ الاكل وهذا لا يبتدىء النكاح انما يستديمه والاستدامة للنكاح تخالف ابتداءه بدليل أن العدة والردة وامن العنت يمنعن ابتداءه دون استدامته

(فصل) فان تزوج على الامة حرة صح وفي بطلان نكاح الامة روايتان

له » وقوله « التوبة تمحو الحوبة » وروي أن مرثدا دخل مكة فرأى امرأة فاجرة يقال لها عناق فدعته الى نفسها فلم يجبها فلما قدم المدينة سأل رسول الله ﷺ فقال أنكح عناقا ؟ فلم يجبه فأنزل الله تعالى (الزاني لا ينكح إلا زانية او مشركة و الزانية لا ينكحها الا زان او مشرك) فدعاه رسول الله ﷺ فتلا عليه الآية وقال «لا تنكحها» ولأنها إذا كانت مقيمة على الزنا لم يأمن ان تلحق به ولد غيره وتفسد فراشه ، فأما حديث عمر فالظاهر أنه استتابها وحديث ابن عباس ليس فيه بيان ولا تعرض له لمحل النزاع ، إذا ثبت هذا فان عدة الزانية كعدة المطلقة لانه استبراء لحرة فأشبه عدة الموطوءة بشبهة وحكى ابن ابي موسى انها تستبرأ بحيضة لانه ليس من نكاح ولا شبهة نكاح فأشبه استبراء أم الولد اذا عتقت . وأما التوبة فهي الاستغفار والندم والاقلاع عن الذنب كالتوبة من سائر الذنوب وروي عن ابن عمر أنه قيل له كيف تعرف توبتها ؟ قال يريدها على ذلك فان طاوعته فلم تتب وان أبت فقد تابت فصار أحمد الى قول ابن عمر اتباعا له ، والصحيح الاول فانه لا ينبغي لمسلم أن يدعو امرأة إلى الزنا ويطلبه منها ولان طلبه ذلك منها انما يكون في خلوة لا تحل الخلوة بأجنبية ولو كان في تعليمها القرآن فكيف يحل في مراودتها على الزنا ؟ ثم لا يأمن ان اجابته الى ذلك أن تعود الى المعصية فلا يحل التعرض لمثل هذا ولان التوبة من سائر الذنوب وفي حق سائر الناس وبالنسبة الى سائر الاحكام على غير هذا الوجه فكذلك يكون هذا .

(احداها) لا يبطل وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء والشافعي وأصحاب الرأي وروي معنى ذلك عن علي رضي الله عنه .

(والثانية) ينفسخ نكاح الامة وهو قول ابن عباس ومسروق واسحاق والمزني ، ووجه الروايتين ما تقدم في المسئلة قبلها وقال النخعي ان كان له من الامة ولد لم يفارقها والا فارقها ولا يصح لان ما كان مبطلا للنكاح في غير ذات الولد ابطله في ذات الولد كسائر مبطلاته ولان ولده منها مملوك لسيدها ونفقته عليه ، وقد استدل على بقاء النكاح بما روي عن علي كرم الله وجهه أنه قال اذا تزوج الحرة على الامة قسم للحرة ليلتين وللامة ليلة ولانه لو بطل بنكاح الحرة لبطل بالقدرة عليه فان القدرة على المبدل كاستعماله بدليل الماء مع التراب

﴿ مسئلة ﴾ (وان تزوج حرة وأمة فلم تعفه ولم يجد طولا لحرة أخرى فهل له نكاح أمة أخرى ؟ على روايتين)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في إباحة أكثر من أمة اذا لم تعفه فعنه أنه قال اذا خشي العنت تزوج أربعا إذا لم يصبر كيف يصنع ؟ وهذا قول الزهري والحارث العكلي ومالك وأصحاب الرأي وعنه أنه قال لا يعجبني ان يتزوج الا امة واحدة يذهب الى حديث ابن عباس قال الحر لا يتزوج من الاماء الا واحدة وقرأ (ذلك لمن خشي العنت منكم) وبه قال قتادة والشافعي وابن المنذر كأن من له زوجة يمكنه وطؤها لا يخاف

(فصل) وإذا وجد الشرطان حل نكاحها للزاني وغيره في قول أكثر أهل العلم منهم أبو بكر وعمر وابنه وابن عباس وجابر بن زيد وعطاء والحسن وعكرمة والزهري والثوري والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي وروي عن ابن مسعود والبراء بن عازب وعائشة أنها لا تحل للزاني بحال قالوا لا يزالان زانيين ما اجتمعا لعموم الآية والخبر ويحتمل أنهم أرادوا بذلك ما كان قبل التوبة أو قبل استبرائها فيكون كقولنا، فأما تحريمها على الاطلاق فلا يصح لقول الله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم) ولأنها محللة لغير الزاني فحلت له كغيرها

(فصل) وان زنت امرأة رجل أو زنى زوجها لم ينفسخ النكاح سواء كان قبل الدخول أو بعده في قول عامة أهل العلم وبذلك قال مجاهد وعطاء والنخعي والثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وعن جابر بن عبد الله أن المرأة إذا زنت يفرق بينهما وليس لها شيء وكذلك روي عن الحسن وعن علي رضي الله عنه أنه فرق بين رجل وامرأته زنى قبل الدخول بها واحتج لهم بانه لو قذفها ولاعنها بانت منه لتحقيقه الزنا عليها فدل على أن الزنا يبينها

ولنا أن دعواه الزنا عليها لا يبينها ولو كان النكاح ينفسخ به لا نفسخ بمجرد دعواه كالرضاع ولأنها معصية لا تخرج عن الاسلام فأشبهت السرقة فاما اللعان فانه يقتضي الفسخ بدون الزنا بدليل أنها اذا لاعنته فقد قابلته فلم يثبت زناها ولذلك أوجب النبي ﷺ الحد على من قذفها والفسخ واقع

العنت، ووجه الاولى قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا) الآية وهذا داخل في عمومها ولانه عادم للطول خائف للعنت فجاز له نكاح امة كالاولى، وقولهم لايخشى العنت قلنا الكلام فيمن يخشاه وقول ابن عباس يحمل على من لم يخش العنت وكذلك الرواية الاخرى عن أحمد، فان كان تحته حرة لم تعفه ففيها الروايتان أيضاً مثل نكاح الامة ذكرهما أبو الخطاب اذا لم تعفه الامة لما ذكرنا، فان كانت الحرة تعفه فلا خلاف في تحريم نكاح الامة الاخرى، فان نكح امتين في عقد وهو يستعف بواحدة فنكاحهما باطل لانه يبطل في احداهما وليست باولى من الاخرى فبطل كما لو جمع بين اختين

﴿مسئلة﴾ (قال الخرقي وله ان يتزوج من الاماء اربعا اذا كان الشرطان فيه قائمين) لما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ (وللعبد نكاح الامة وان فقد فيه الشرطان) لانه مساولها فلم يعتبر فيه هذان الشرطان كالحر مع الحرة وله نكاح امتين معا وواحدة بعد واحدة لان خشية العنت غير مشروطة فيه

﴿مسئلة﴾ (وهل له ان ينكحها على حرة على روايتين؟)

(احداهما) له ذلك وهو قول مالك والشافعي لأنها مساوية له فلم يشترط لصحة نكاحها عدم الحرة كالحر مع الحرة ولانه لو اشترط عدم الحرة لاشترط عدم القدرة عليها كما في حق الحر (والثانية) لايجوز وهو قول أصحاب الرأي لانه يروى عن سعيد بن المسيب انه قال تنكح الحرة على الامة ولا تنكح الامة على الحرة ولانه مالك لبضع حرة فلم يكن له ان يتزوج امة كالحر

ولكن احمد استحب للرجل مفارقة امرأته إذا زنت وقال لا أرى أن يمسك مثل هذه وذلك أنه لا يؤمن أن تفسد فراشه وتلحق به ولداً ليس منه ، قال ابن المنذر لعل من كره هذه المرأة إنما كرهها على غير وجه التحريم فيكون مثل قول أحمد هذا ، قال أحمد ولا يطؤها حتى يستبرئها بثلاث حيض وذلك لما روى رويفع بن ثابت قال سمعت رسول الله ﷺ يقول يوم حنين « لا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر يسقي ماءه زرع غيره » يعني اتيان الحبالى ولأنها ربما تأتي بولد من الزنا فينسب اليه والاولى أنه يكفي استبراؤها بالحيضة الواحدة لانها تكفي في استبراء الاماء وفي أم الولد إذا عتقت بموت سيدها أو باعتاق سيدها فيكفي ههنا ولأن المقصود ههنا مجرد الاستبراء وقد حصل بحيضة فيكتفى بها

(فصل) واذا علم الرجل من جاريته الفجور فقال أحمد لا يطؤها لعلها تلحق به ولداً ليس منه قال ابن مسعود أكره أن أطأ أمتي وقد بغت وروي مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه كان ينهى أن يطأ الرجل أمته وفي بطنها ولد جنين لغيره ، قال ابن عبد البر هذا مجمع على تحريمه وكان ابن عباس يرخص في وطء الامة الفاجرة وروي ذلك عن سعيد بن المسيب ولعل من كره ذلك كرهه قبل الاستبراء أو إذا لم يحصنها أو يمنعها من الفجور ومن أباحه بعدهما فيكون القولان متفقين والله أعلم .

﴿ مسئلة ﴾ (وان جمع بينهما في العقد جاز)

لان كل واحدة منهما يجوز افرادها في العقد فجاز الجمع بينهما كالأمتين هذا اذا قلنا ليست حرية الزوج شرطاً في نكاح الحرة، ويتخرج ان لا يجوز بناء على قوله لا يجوز نكاح الامة على حرة ولانه لا يجوز نكاح الامة على الحرة فحرم عليه الجمع بينهما كالأختين

﴿ مسئلة ﴾ (وليس للعبد نكاح سيدته)

قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على ان نكاح المرأة عبدها باطل لان أحكام الملك والنكاح تتناقض اذ ملكها اياه يقتضي وجوب نفقته عليها وسفره بسفرها وطاعته إياها، ونكاحه إياها يوجب عكس ذلك فيتنافيان ولما روى الاثرم باسناده عن أبي الزبير عن جابر انه سأله عن العبد ينكح سيدته فقال جاءت امرأة الى عمر بن الخطاب ونحن بالجابية وقد نكحت عبدها فانتهرها عمر وهم أن يرجمها وقال لا يحل لك

(مسئلة) (وليس للحر أن يتزوج امته)

لان ملك الرقبة يفيد ملك المنفعة واباحة البضع فلا يجتمع معه عقد أضعف منه ولا يجوز ان يتزوج امة له فيها ملك ولا يتزوج مكاتبته لأنها مملوكته

(مسئلة) (ولا يجوز للحر ان يتزوج امة ابنه لان له فيها شبهة ملك)

وهذا قول أهل الحجاز وقال أهل العراق له ذلك لأنها ليست مملوكة له ولا تعتق باعتاقه اياها

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن خطب امرأة فلم تسكن اليه فلغيره خطبتها)

الخطبة بالكسر خطبة الرجل المرأة لينكحها والخطبة بالضم هي حمد الله والتشهد ولا يخلو حال المخطوبة من ثلاثة أقسام :

(أحدها) أن تسكن الى الخاطب لها فتجيبه أو تأذن لوليها في اجابته أو تزويجه فهذه يحرم على غير خاطبها خطبتها لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه . وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك » متفق عليهما ، ولان في ذلك افسادا على الخاطب الاول وإيقاع العداوة بين الناس ولذلك نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الرجل على بيع أخيه ولا نعلم في هذا خلافا بين أهل العلم إلا أن قوما حملوا النهي على الكراهة والظاهر أولى .

(القسم الثاني) أن ترده أو لا تركن اليه فهذه يجوز خطبتها لما روت فاطمة بنت قيس أنها أتت النبي ﷺ فذكرت أن معاوية وأبا جهم خطباها فقال رسول الله ﷺ « اما معاوية فصعلوك لا مال له وأما ابو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه انكحي أسامة بن زيد » متفق عليه فخطبها النبي ﷺ بعد إخبارها إياه بخطبة معاوية وأبي جهم لها ، ولان تحريم خطبتها على هذا الوجه اضرار بها فانه لا يشاء أحد أن

ولنا قول النبي ﷺ « انت ومالك لابيك » ولانه لو ملك جزءاً من أمة لم يصح نكاحه لها فاهي مضافة بجملتها شرعاً أولى بالتحريم وكذلك لا يجوز للعبد نكاح امة سيده أو سيدته مع ماذكرنا من الخلاف

(فصل) ويجوز للعبد نكاح امة ابنه لان الرق قطع ولايته عن ابنه وماله وهذا لا يلي ماله ولا نكاحه ولا يرث أحدهما صاحبه فهو كالأجنبي منه

(فصل) وللابن نكاح امة أبيه لانه لا ملك له فيها ولا شبهة ملك فاشبه الاجنبي وكذلك سائر القرابات ويجوز للرجل ان يزوج ابنته لمملوكه، واذا مات الاب فورث احد الزوجين صاحبه أو جزءاً منه انفسخ النكاح وكذلك ان ملكه أو جزءاً منه بغير الارث لا نعلم فيه خلافاً الا ان الحسن قال اذا اشترى امرأته للعتق فاعتقها حين ملكها فهما على نكاحهما ولا يصح لأنهما متنافيان فلا يجتمعان قليلا ولا كثيراً بمجرد الملك لها انفسخ نكاحها سابقاً على عتقها

(فصل) وان اشترى الحر زوجته أوجزءاً منها ملكه بغير الشراء انفسخ نكاحها وكذلك ان ملكت المرأة زوجها أو جزءاً منه ولا نعلم في ذلك اختلافاً لما ذكرناه، وان اشتراها ابنه فعلى وجهين (احدهما) ينفسخ النكاح لان ملك الابن كملكه في اسقاط الحد وحرمة الاستيلاء فكان كملكه فى ابطال النكاح (والثاني) لا ينفسخ لانه لا يملكها بملك الابن فلم يبطل نكاحه كالاجنبي

(فصل) واذا ملكت المرأة زوجها أو بعضه فانفسخ نكاحها فليس ذلك طلاقاً فتى اعتقته ثم

يمنع المرأة النكاح الا منعها بخطبته إياها وكذلك لو عرض لها في عدتها بالخطبة فقال لا تفوتيني بنفسك وأشباه هذا لم تحرم خطبتها لان في قصة فاطمة أن النبي ﷺ قال لها « لا تفوتينا بنفسك » ولم ينكر خطبة أبي جهم ومعاوية لها

وذكر ابن عبد البر أن ابن وهب روى باسناده عن الحارث بن سعد بن أبي ديان أن عمر بن الخطاب خطب امرأة على جرير بن عبد الله وعلى مروان بن الحكم وعلي عبد الله بن عمر فدخل على المرأة وهي جالسة في بيتها فقال عمر ان جرير بن عبد الله يخطب وهو سيد أهل المشرق ، ومروان يخطب وهو سيد شباب قريش ، وعبد الله بن عمر وهو من قد علمتم ، وعمر بن الخطاب فكشفت المرأة الستر فقالت أجاد أمير المؤمنين ، فقال نعم ؟ فقالت فقد أنكحت أمير المؤمنين فأنكحوه فهذا عمر قد خطب على واحد بعد واحد قبل أن يعلم ماتقول المرأة في الاول

(القسم الثالث) أن يوجد من المرأة مايدل على الرضى والسكون تعريضاً لا تصريحاً كقولها ماأنت الارضى وما عنك رغبة فهذه في حكم القسم الاول لايحل لغيره خطبتها هذا ظاهر كلام الخرقي وظاهر كلام احمد فانه قال اذا ركن بعضهم الى بعض فلا يحل لأحد أن يخطب والركون يستدل عليه بالتعريض تارة والتصريح أخرى . وقال القاضي ظاهر كلام احمد اباحة خطبتها وهو مذهب الشافعي في الجديد لحديث فاطمة حيث خطبها النبي ﷺ وزعموا أن الظاهر من كلامها ركونها الى احدهما واستدل القاضي بخطبته لها قبل سؤالها هل وجد منها مادل على الرضى أولا ؟

تزوجها لم تحتسب بتطليقة وبهذا قال الحكم وحماد ومالك والشافعي وابن المنذر واسحاق وقال الحسن والزهري وقتادة والاوزاعي تحتسب هي بتطليقة ولا يصح لانه لم يلفظ بطلاق صريح ولا كناية وانما فسخ النكاح بوجود ماينافيه فأشبه انفساخه باسلام أحدهما

(فصل) ولو ملك الرجل بعض زوجته انفسخ نكاحها وحرم وطؤها في قول عامة المفتين حتي يستخلصها فيحل له وطؤها بملك اليمين وروي عن قتادة انه لم يزده ملكه فيها الاقربا وليس بصحيح لان النكاح لايبقي في بعضها وملكه لم يتم عليها ولا يثبت الحل فيما لايملكه ولا نكاح فيه

﴿ مسئلة ﴾ (ومن جمع بين محللة ومحرمة في عقد واحد فهل يصح فيمن تحل؟ على روايتين)

واذا عقد النكاح على اخته وأجنبية معا بان يكون لرجل أخت وابنة عم احداهما رضيعة للمتزوج فيقول له زوجتكهما فيقبل ذلك فالمنصوص صحة نكاح الاجنبية فيما ذكره الخرقي ونص فيمن تزوج حرة وامة أنه يثبت نكاح الحرة ويفارق الامة وذكر شيخنا فيه روايتين احداهما يفسد فيهما وهو أحد قولي الشافعي واختاره ابو بكر لانه عقد واحد جمع حلالا وحراما فلم يصح كما لو جمع بين اختين والثانية يصح في الحرة وهو أظهر الروايتين وهو قول مالك والثوري وأصحاب الرأي لأنها محل قابل

ولنا عموم قوله عليه السلام « لايخطب أحدكم على خطبة أخيه » ولأنه وجد منها مادل على الرضى به وسكونها اليه فحرمت خطبتها كما لو صرحت بذلك وأما حديث فاطمة فلاحجة لهم فيه فان فيه مايدل على أنها لم تركن الى واحد منهما من وجهين

(أحدهما) ان النبي ﷺ قد كان قال لها لا تسبقيني بنفسك - وفي لفظ - لا تفوتيني بنفسك - وفي رواية - اذا حللت فآذنيني » فلم تكن لتفتات بالاجابة قبل أن تؤذن رسول الله ﷺ

و (الثاني) أنها ذكرت ذلك لرسول الله ﷺ كالمستشيرة له فيهما أو في العدول عنهما الى غيرهما وليس في الاستشارة دليل على ترجيح أحد الامرين ولا ميل الى أحدهما على أنها انما ذكرت ذلك للنبي ﷺ لترجع الى قوله ورأيه وقد أشار عليها بتركهما لما ذكرنا من عيبهما فجرى ذلك مجرى ردها لها وتصريحها بمنعهما ، ومن وجه آخر أن النبي ﷺ قد سبقهما بخطبتها تعريضاً بقوله لها ما ذكرنا فكانت خطبته بعدهما مبنية على الخطبة السابقة لها بخلاف مانحن فيه .

(فصل) والتعويل في الرد والاجابة على الولي إن كانت مجبرة وعليها ان لم تكن مجبرة لانها أحق بنفسها من وليها ولو أجاب هو ورغبت عن النكاح كان الامر أمرها ، وإن إجاب وليها فرضيت فهو كاجابتها وإن سخطت فلا حكم لاجابته لان الحق لها ، ولو أجاب الولي في حق المجبرة فكرهت المجاب واختارت غيره سقط حكم اجابة وليها لكون اختيارها مقدما على اختياره ، وان كرهته ولم تجز سواه

للنكاح وأضيف اليها عقد صادر من أهله لم يجتمع معها فيه مثلها فصح كما لو انفردت به وفارق العقد على الاختين لانه لامزية لاحداها على الأخرى وهاهنا قد تعينت التي بطل النكاح فيها فعلى هذا القول يكون لها من المسمى بقسط مهر مثلها منه وفيه وجه آخر ان لها نصف المسمى وأصل هذين الوجهين اذا تزوج امرأتين يجوز له نكاحها بمهر واحد هل يكون بينهما على قدر صداقهما أو نصفين ؟ على وجهين يأتي ذكرهما انشاء الله تعالى

(فصل) ولو تزوج يهودية ومجوسية أو محلة أو محرمة في عقد واحد فسد في المجوسية والمحرمة وفي الاخرى وجهان وان نكح أربع حرائر وأمة فسد في الامة وفي الحرائر وجهان وان نكح العبد حرتين وأمة بطل نكاح الجميع وان تزوج امرأة وابنتها فسد فيهما لان الجمع بينهما محرم فلا يصح فيهما كالاختين

﴿مسئلة﴾ (وكل من حرم نكاحها حرم وطؤها بملك اليمين الا إماء أهل الكتاب)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) ان أهل الكتاب حلال وهذا قول عامة أهل العلم الا الحسن فانه كرهه لان الامة الكتابية يحرم نكاحها فحرم التسري بها كالمجوسية

ولنا قول الله تعالى (الا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم فانهم غير ملومين) ولانها ممن يحل نكاح حرائرهم فحل له التسري بها كالمسلمة فأما نكاحها فيحرم لانه فيه ارقاق ولده وابقاؤه مع كافرة بخلاف

فينبغي أن يسقط حكم الاجابة أيضا لانه قد أمر باستثمارها فلا ينبغي له أن يكرهها على مالا ترضاه ، وإن أجابته ثم رجعت عن الاجابة وسخطته زال حكم الاجابة لان لها الرجوع ، وكذلك اذا رجع الولي المجبر عن الاجابة زال حكمها لان له النظر في امر موليته مالم يقع العقد ، وإن لم ترجع هي ولا وليها ولكن ترك الخاطب الخطبة أو أذن فيها جازت خطبتها لما روي في حديث بن عمر عن النبي ﷺ انه نهى ان يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يأذن له أو يترك . رواه البخاري

(فصل) وخطبة الرجل على خطبة أخيه في موضع النهي محرمة. قال احمد لايحل لاحد أن يخطب في هذه الحال ، وقال ابو جعفر العكبري هي مكروهة غير محرمة وهذا نهي تأديب لاتحريم

ولنا ظاهر النهي فان مقتضاه التحريم ولانه نهي عن الاضرار بالآدمي المعصوم فكان على التحريم كالنهي عن أكل ماله وسفك دمه فان فعل فنكاحه صحيح نص عليه احمد فقال لايفرق بينهما وهومذهب الشافعي، وروي عن مالك وداود انه لايصح وهو قياس قول أبي بكر لانه قال في البيع على بيع أخيه هو باطل وهذا في معناه ووجهه أنه نكاح منهي عنه فكان باطلا كنكاح الشغار

ولنا أن المحرم لم يقارن العقد فلم يؤثر فيه كما لو صرح بالخطبة في العدة

(فصل) ولا يكره للولي الرجوع عن الإجابة إذا رأى المصلحة لها في ذلك لان احق لها وهو نائب عنها في النظر لها فلا يكره له الرجوع الذي رأى المصلحة فيه كما لو ساوم في بيع دارها ثم تبين

التسري (الفصل الثاني) ان من حرم نكاح حرائرهم من المجوسيات وسائر الكوافر سوى أهل أهل الكتاب لايباح وطء الاماء منهن بملك اليمين في قول أكثر أهل العلم منهم الزهري وسعيد بن جبير والاوزاعي والثوري وأبو حنيفة ومالك والشافعي قال ابن عبد البر على هذا جماعة فقهاء الامصار وجمهور العلماء وما خالفه فشذوذ لايعد خلافاً ولم يبلغنا إباحة ذلك الاعن طاوس لقوله تعالى (والمحصنات من النساء ألا ماملكت أيمانكم) وقوله (والذينهم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ماملكت ايمانهم)الآية وروى أبو سعيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث يوم خيبر بعثا قبل أو طاس فأصابوا لهم سبايا فكان ناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يتحرجون من غشيانهن من أجل أزواجهن من المشركين فأنزل الله عز وجل في ذلك (والمحصنات من النساء إلا ماملكت أيمانكم) قال فهن لهم حلال إذا انقضت عدتهن وعنه ان رسول الله ﷺ قال في سبايا أوطاس « لا توطأ حامل حتى تضع ولا ذات حليل حتى تحيض حيضة » رواهما أبو داود وهذا صحيح وهم عبدة الاوثان وهذا ظاهر في إباحتهن ولان الصحابة في عصر النبي ﷺ كان أكثر سباياهم من كفار العرب وهم عبدة الاوثان فلم يكونوا يرون تحريمهن لذلك ولا نقل عن النبي ﷺ تحريمهن ولا أمر الصحابة باجتنابهن وقد دفع أبو بكر إلى سلمة بن الاكوع امرأة من بعض السبي نفله إياها وأخذ عمر وابنه من سبي هوازن وكذلك غيرهما من الصحابة وأم محمد بن الحنفية من سبي بني حنيفة وأخذ الصحابة سبايا فارس وهم

له المصلحة في تركها ولا يكره لها أيضاً الرجوع إذا كرهت الخاطب لانه عقد عمري يدوم الضرر فيه وكان لها الاحتياط لنفسها والنظر في حظها وان رجعا عن ذلك لغير غرض كره لما فيه من اخلاف الوعد والرجوع عن القول ولم يحرم لان الحق بعد لم يلزمهما كمن سام سلعة ثم بدا له ألا يبيعها

(فصل) فان كان الخاطب الاول ذميا لم تحرم الخطبة على خطبته نص عليه احمد فقال لا يخطب على خطبة أخيه ولا يساوم على سوم أخيه انما هو للمسلمين ولو خطب على خطبة يهودي أو نصراني أو استام على سومهم لم يكن داخلا في ذلك لأنهم ليسوا باخوة المسلمين وقال ابن عبد البر لا يجوز أيضاً لان هذا خرج مخرج الغالب لا لتخصيص المسلم به

ولنا أن لفظ النهي خاص في المسلمين والحاق غيره به انما يصح اذا كان مثله وليس الذمي كالمسلم ولا حرمته كحرمته ، ولذلك لم تجب اجابتهم في دعوة الوليمة ونحوها وقوله خرج مخرج الغالب قلنا متى كان في المخصوص بالذكر معنى يصح أن يعتبر في الحكم لم يجز حذفه ولا تعدية الحكم بدونه ، وللاخوة الاسلامية تأثير في وجوب الاحترام وزيادة الاحتياط في رعاية حقوقه وحفظ قلبه واستبقاء مودته فلا يجوز خلاف ذلك والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو عرض لها وهي في العدة بأن يقول اني في مثلك لراغب ، وان قضي شيء كان وما أشبهه من الكلام مما يدلها على رغبته فيها فلا بأس اذا لم يصرح)

وجملة ذلك أن المعتدات على ثلاثة أضرب معتدة من وفاة أو طلاق ثلاث أو فسخ لتحريمها على

مجوس فلم يبلغنا أنهم اجتنبوهن وهذا ظاهر في إباحتهن لولا اتفاق سائر أهل العلم على خلافه وقد أجيب عن حديث أبي سعيد بأجوبة منها أنه يحتمل أنهن أسلمن كذلك روي عن أحمد حين سأله محمد بن الحكم قال قلت لأبي عبد الله اليس كانوا عبدة أوثان؟ قال لا أدري كانوا أسلموا أو لا؟ وقال ابن عبد البر إباحة وطئهن منسوخة بقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن)

(فصل) قال رحمه الله ولا يحل نكاح خنثى مشكل حتى يتبين أمره نص عليه في رواية الميموني وذكره ابو اسحاق مذهبا للشافعي وذلك لأنه لم يتحقق وجود ما يبيح له النكاح فلم يبح له كما لو اشتبهت عليه أخته بنسوة ولانه قد اشتبه المباح بالمحظور في حقه فحرم لما ذكرنا وقال الخرقي إذا قال أنا رجل لم يمنع من نكاح النساء ولم يكن له أن ينكح بغير ذلك بعد وان قال أنا امرأة لم ينكح إلا رجلا وذلك لانه لا يخلو من أن يكون رجلا أو امرأة قال الله تعالى (وانه خلق الزوجين الذكر والانثى) وقال تعالى (وبث منهما رجالا كثيراً ونساء) وليس ثم خلق ثالث فاذا كان مشكلا لم يظهر فيه علامات الرجال ولا النساء فقد اختلف فيه أصحابنا واختار الخرقي أنه يرجع الى قوله فان ذكر انه رجل وانه يميل طبعه الى نكاح النساء فله نكاحهن وان ذكر أنه امرأة يميل الى طبعه الى

زوجها كالفسخ برضاع او لعان ونحوه مما لا تحل بعده لزوجها فهذه يجوز التعريض بخطبتها في عدتها لقول الله تعالى (ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء) ولما روت فاطمة بنت قيس أن النبي ﷺ قال لها لما طلقها زوجها ثلاثا «اذا حللت فآذنيني - وفي لفظ - لا تسبقيني بنفسك - وفي لفظ لا تفوتينا بنفسك» وهذا تعريض بخطبتها في عدتها ولا يجوز التصريح لان الله تعالى لما خص التعريض بالاباحة دل على تحريم التصريح ولان التصريح لا يحتمل غير النكاح فلا يؤمن أن يحملها الحرص عليه على الاخبار بانقضاء عدتها قبل انقضائها والتعريض بخلافه

(القسم الثاني) الرجعية فلا يحل لاحد التعريض بخطبتها ولا التصريح لانها في حكم الزوجات فهي كالتي في صلب نكاحه

(القسم الثالث) بائن يحل لزوجها نكاحها كالمختلعة والبائن بفسخ لعيبة أو اعسار ونحوه فلزوجها التصريح بخطبتها والتعريض لانها مباحة له نكاحها في عدتها فهي كغير المعتدة وهل يجوز لغيره التعريض بخطبتها؟ فيه وجهان وللشافعي فيه أيضاً قولان (أحدهما) يجوز لعموم الآية ولانها بائن فأشبهت المطلقة ثلاثا (والثاني) لا يجوز لان الزوج يملك أن يستبيحها فهي كالرجعية والمرأة في الجواب كالرجل في الخطبة في ما يحل ويحرم لان الخطبة للعقد فلا يختلفان في حله وحرمته اذا ثبت هذا فالتعريض أن يقول اني في مثلك لراغب ورب راغب فيك

الرجال زوج رجلا لانه معنى لا يتوصل اليه إلا من جهته وليس فيه إيجاب حق إلى غيره فقبل قوله فيه كما يقبل قول المرأة في حيضها وعدتها وقد يعرف نفسه بميل طبعه الى أحد الصنفين وشهوته له فان الله تعالى أجرى العادات في الحيوانات بميل الذكر الى الانثى وميلها اليه وهذا الميل أمر في النفس والشهوة ولا يطلع عليه غيره وقد تعذرت علينا معرفة علاماته الظاهرة فيرجع فيه الى الامور الباطنة فيما يختص هو بحكمه وأما الميراث والدية فان أقر على نفسه بما يقال ميراثه أو ديته قبل منه وان ادعى ما يزيد ذلك لم يقبل لانه متهم فيه فلا يقبل قوله على غيره وما كان من عباداته وسترته وغير ذلك فينبغي أن يقبل قوله فيه لانه حكم بينه وبين الله تعالى قال القاضي ويقبل قوله في الامامة وولاية النكاح وما لا يثبت حقا على غيره واذا زوج امرأة ورجلا ثم عاد فقال خلاف قوله الاول لم يقبل قوله في التزويج بغير الجنس الذي زوجه اولا لانه مكذب لنفسه ومدع ما يوجب الجمع بين تزويج الرجال والنساء .

﴿ مسئلة ﴾ (فان تزوج امرأة فقال أنا امرأة انفسخ نكاحه) لاقراره ببطلانه ولزمه نصف المهر إن كان قبل الدخول وجميعه ان كان بعده ولا يحل له بعد ذلك أن ينكح لانه أقر بقوله أنا رجل بتحريم الرجال واقر بقوله أنا امرأة بتحريم النساء

﴿ مسئلة ﴾ (وان تزوج رجلا ثم قال أنا رجل لم يقبل قوله في فسخ نكاحه) لانه لا حق عليه

وقال القاسم بن محمد : التعريض أن يقول انك علي لكريمة واني فيك لراغب وان الله لسائق اليك خيراً أو رزقا ، وقال الزهري أنت جميلة وأنت مرغوب فيك ،وان قال لاتسبقينا بنفسك أو لاتفوتينا بنفسك أو إذا حللت فآذنيني ونحو ذلك جاز ،قال مجاهد مات رجل وكانت امرأته تتبع الجنازة فقال رجل لاتسبقينا بنفسك فقالت سبقك غيرك ، وتجيبه المرأة ان قضى شيء كان وماترغب عنك وما أشبهه والتصريح هو اللفظ الذي لا يحتمل غير النكاح نحو أن يقول زوجيني نفسك او اذا انقضت عدتك تزوجتك ويحتمل ان هذا معنى قوله تعالى (لا تواعدوهن سراً) فان النكاح يسمى سراً قال الشاعر

فلن تطلبوا سرها للغنى وان تسلموها لازهادها

وقال الشافعي السر الجماع ، وأنشد لامريء القيس

ألا زعمت بسباسة القوم انني كبرت وأن لايحسن السر أمثالي

ومواعدة السر أن يقول عندي جماع يرضيك ونحوه وكذلك ان قال رب جماع يرضيك ، فنهي عنه لما فيه من الهجر والفحش والدناءة والسخف

(فصل) فان صرح بالخطبة أو عرض في موضع يحرم التعريض ثم تزوجها بعد حلها صح نكاحه وقال مالك يطلقها تطليقة ثم يتزوجها وهذا غير صحيح لان هذا المحرم لم يقارن العقد فلم يؤثر فيه كما في النكاح الثاني أو كما لو رآها متجردة ثم تزوجها

فاذا أزال نكاحه فلا مهر له لانه يقر أنه لا يستحقه وسواء دخل أو لم يدخل ويحرم النكاح بعد ذلك لما ذكرنا .

باب الشروط في النكاح

وهي قسمان صحيح وفاسد فالصحيح نوعان (أحدهما) يقتضيه العقد كتسليم المرأة اليه وتمكينه من الاستمتاع بها فهذا لا يؤثر في العقد وجوده كعدمه (الثاني) شرط ماتنتفع به المرأة كزيادة على مهرها أو نقد معين فهو صحيح يجب الوفاء به كالثمن في المبيع

﴿ مسئلة ﴾ (فان شرط أن لا يخرجها من دارها أو بلدها أو لا يتزوج عليها أو لا يتسرى فهو صحيح لازم فان وفى به ، إلا فلها الفسخ)

يروى ذلك عن عمر بن الخطاب وسعد بن أبي وقاص ومعاوية وعمرو بن العاص رضي الله عنهم وبه قال شريح وعمر بن عبدالعزيز وجابر بن زيد وطاوس والاوزاعي واسحاق وأبطل هذه الشروط الزهري وقتادة وهشام بن عروة ومالك والليث والثوري والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي وقال أبو حنيفة والشافعي يفسد المهر ولها مهر المثل واحتجوا بقول النبي ﷺ «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط » وهذا ليس في كتاب الله لان الشرع لا يقتضيه وبقول النبي

(فصل) ويحرم على العبد نكاح سيدته . قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن نكاح المرأة عبدها باطل ، وروى الأثرم باسناده عن أبي الزبير قال سألت جابرا عن العبد ينكح سيدته فقال جاءت امرأة إلى عمر بن الخطاب ونحن بالجابية وقد نكحت عبدها فانتهرها عمر وهم أن يرجمها وقال لا يحل لك . ولان أحكام النكاح مع أحكام الملك يتنافيان فان كل واحد منهما يقتضي أن يكون الآخر بحكمه يسافر بسفره ويقيم باقامته وينفق عليه فيتنافيان

(فصل) وليس للسيد أن يتزوج أمته لان ملك الرقبة يفيد ملك المنفعة وإباحة البضع فلا يجتمع معه عقد أضعف منه ولو ملك زوجته وهي أمة انفسخ نكاحها وكذلك لو ملكت المرأة زوجها انفسخ نكاحها ولا نعلم في هذا خلافا ولا يجوز أن يتزوج أمة له فيها ملك ولا يتزوج مكاتبته لأنها مملوكته

(فصل) ولا يجوز للحر ان يتزوج أمة ابنه لان له فيها شبهة وهذا قول أهل الحجاز وقال أهل العراق له ذلك لانها ليست مملوكة له ولا تعتق باعتاقه لها

ولنا قول النبي ﷺ « أنت ومالك لأبيك » ولانه لو ملك جزءاً من أمة لم يصح نكاحه لها فلما هي مضافة اليه بجملتها شرعا اولى بالتحريم وكذلك لا يجوز للعبد نكاح أم سيده أو سيدته مع ماذكرنا من الخلاف ويجوز للعبد أن يتزوج أمة ابنه لان الرق يقطع ولايته عن ابنه وماله ولهذا لا يلي ماله ولا نكاحه ولا يرث أحدهما صاحبه فهو كالاجنبي منه

(فصل) وللابن نكاح أمة أبيه لانه لا ملك له فيها ولا شبهة ملك فأشبه الاجنبي وكذلك

ﷺ « المسلمون على شروطهم الا شرطاً أحل حراما أو حرم حلالا » وهذا يحرم الحلال وهو التزويج والتسري والسفر ولان هذا شرط ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه ولم يبن على التغليب والسراية فكان فاسداً كما لو شرطت أن لا تسلم نفسها

ولنا قول النبي ﷺ « إن أحق ما وفيتم به الشروط ما استحللتم به الفروج » رواه سعيد - وفي لفظ - « ان أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج » متفق عليه وقول النبي ﷺ « المسلمون على شروطهم » ولانه قول من سمينا من الصحابة ولا يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان اجماعا وروى الاثرم بأسناده أن رجلا تزوج امرأة وشرط لها دارها ثم أراد نقلها فخاصموه إلى عمر فقال لها شرطها فقال الرجل اذا يطلقننا فقال عمر مقاطع الحقوق عند الشروط ولانه شرط له فيه منفعة ومقصود لا يمنع المقصود من النكاح فكان لازما كما لو اشترطت زيادة في المهر أو غير نقد البلد وأما قوله صلى الله عليه وسلم « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » أي ليس في حكم الله وشرعه وهذا مشروع قد ذكرنا ما دل على مشروعيته وعلى من نفي ذلك الدليل وقولهم ان هذا يحرم الحلال قلنا لا يحرم حلالا وانما يثبت للمرأة خيار الفسخ ان لم يف لها به وقولهم ليس من مصلحة العقد ممنوع فانه من مصلحة المرأة وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقده كاشتراط الرهن والضمين ثم يبطل بالزيادة على مهر

سائر القرابات ويجوز أن يزوج الرجل ابنته المملوكة إذا قلنا ليست الحرية شرطا في الصحة ، ومتى مات الاب فورث أحد الزوجين صاحبه أو جزءاً منه انفسخ النكاح وكذلك ان ملكه أو جزءا منه بغير الارث لا نعلم فيه خلافا الا أن الحسن قال إذا اشترى امرأته للعتق فأعتقها حين ملكها فهما على نكاحهما. ولا يصح لانهما متنافيان فلا يجتمعان قليلا ولا كثيراً فبمجرد الملك لها انفسخ نكاحه سابقا على عتقها . وحكم المكاتب يتزوج بنت سيده أو سيدته حكم العبد في أنه إذا مات سيده انفسخ نكاحه . وقال أصحاب الرأي النكاح بحاله لانها لا تملكه انما لها عليه دين وليس بصحيح فان النبي ﷺ قال « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » ولانه لو زال الملك عنه لما عاد بعجزه كما لو أعتق

(فصل) وإذا ملكت المرأة زوجها أو بعضه فانفسخ نكاحها فليس ذلك بطلاق فمتى أعتقته ثم تزوجها لم تحتسب عليه بتطليقة وبهذا قال الحكم وحماد ومالك والشافعي وابن المنذر واسحاق وقال الحسن والزهري وقتادة والاوزاعي هي تطليقة وليس بصحيح لانه لم يلفظ بطلاق صريح ولا كناية وانما انفسخ النكاح بوجود ما ينافيه فأشبه انفساخه باسلام أحدهما أو ردته ولو ملك الرجل بعض زوجته انفسخ نكاحها وحرم وطؤها في قول عامة المفتين حتى يستخلصها فتحل له بملك اليمين روي عن قتادة أنه قال لم يزده ملكه فيها الا قربا وليس بصحيح لان النكاح لا يبقى في بعضها وملكه لم يتم عليها ولا يثبت الحل فيما لا يملكه ولا نكاح فيه

المثل وإذا ثبت أنه شرط لازم فلم يف به فلها الفسخ ولهذا قال عمر للذي قضي عليه بلزوم الشرط حين قال إذا يطلقننا. مقاطع الحقوق عند الشروط ولم يلتفت الى قوله ولانه شرط لازم في عقد فيثبت حق الفسخ في ترك الوفاء به كالرهن في البيع

﴿مسئلة﴾ (وان شرط لها طلاق ضرتها فقال أبو الخطاب هو صحيح)

لانه شرط لا ينافي العقد ولها فيه فائدة فأشبه ما لو شرطت عليه أن لا يتزوج عليها قال شيخنا ولم أر هذا لغيره ويحتمل أنه باطل وهو الصحيح لما روى أبو هريرة قال نهى النبي ﷺ أن تشترط المرأة طلاق أختها وفي لفظ أن النبي ﷺ قال « لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفأ ما في صفحتها ولتنكح فان لها ما قدر لها » رواهما البخاري والنهي يقتضي فساد المنهي عنه لانها شرطت عليه فسخ عقده وابطال حقه وحق امرأته فلا يصح كما لو شرطت فسخ بيعه وعلى قياس هذا ما لو شرطت عليه بيع

﴿مسئلة﴾ قال رضي الله عنه (القسم الثاني فاسد وهو ثلاثة أنواع (أحدها) ما يبطل النكاح وهو ثلاثة أشياء (أحدها) نكاح الشغار وهو أن يزوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته ولا مهر بينهما)

قيل انما سمي هذا النكاح شغاراً لقبحه تشبيها برفع الكلب رجله ليبول في القبح يقال شغر الكلب إذا رفع رجله ليبول وحكي عن الاصمعي أنه قال الشغار الرفع فكان كل واحد منهما رفع رجله للآخر

(فصل) ولا يجوز للرجل وطء جارية ابنه لان الله تعالى قال [إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم] وليست هذه زوجة له ولا مملوكته ولأنه يحل لابنه وطؤها ولا تحل المرأة لرجلين فان وطئها فلا حد عليه ، نص عليه أحمد ، وقال داود : يحد . وقال بعض الشافعية : ان كان ابنه وطئها حد لانها محرمة عليه على التأبيد

ولنا أن له فيها شبهة لقول النبي ﷺ « أنت ومالك لأبيك » والحد يدرأ بالشبهات ولان الاب لايقتل بقتل ابنه والقصاص حق آدمي فاذا سقط بشبهة الملك فالحد الذي هو حق الله تعالى بطريق الاولى ولأنه لا يقطع بسرقة ماله ولا يحد بقذفه فكذلك لا يحد بالزنا بجاريته، فاذا ثبت هذا فانها تحرم على الابن على التأبيد وان كان الابن قد وطئها حرمت عليهما على التأبيد ، واذا لم تعلق من الاب لم يزل ملك الابن عنها ولم يلزمه قيمتها ، وقال أبو حنيفة : يلزمه ضمانها لانه أتلفها عليه وحرمه وطأها فأشبه مالو قبلها

ولنا انه لم يخرجها عن ملكه ولم تنقص قيمتها فأشبه مالو أرضعها امرأته فانها تحرم على الابن ولا يجب له ضمانها وان علقت منه فالولد حر يلحق به النسب لانه من وطء لا يجب به الحد لاجل الشبهة فأشبه ولد الجارية المشتركة وتصير الجارية أم ولد للاب. وقال الشافعي في أحد قوليه لا تصير أم ولد لانها غير مملوكة له فأشبه مالو وطيء جارية أجنبي بشبهة

عما يريد ولا تختلف الرواية عن أحمد في أن نكاح الشغار فاسد رواه عنه جماعة قال أحمد وروي عن عمر وزيد بن ثابت أنهما فرقا فيه وهو قول مالك والشافعي واسحاق وحكي عن عطاء وعمرو بن دينار ومكحول والزهري والثوري أنه يصح وتفسد التسمية ويجب مهر المثل لان الفساد من قبل المهر لا يوجب فساد العقد كما لو تزوج على خمر أو خنزير وهذا كذلك

ولنا ما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار متفق عليه وروى أبو هريرة مثله أخرجه مسلم وروى الاثرم باسناده عن عمران بن حصين أن رسول الله ﷺ قال « لا جلب ولا جنب ولا شغار في الاسلام » ولانه جعل كل واحد من العقدين سلفاً في الآخر فلم يصح كما لو قال بعني ثوبك على ان أبيعك ثوبي قولهم ان فساده من قبل التسمية قلنا بل فساده من جهة أنه وقفه على شرط فاسد ولانه شرط تمليك البضع لغير الزوج فانه جعل تزويجه إياها مهراً للاخرى فكأنه ملكه إياه بشرط انتزاعه منه إذا ثبت هذا فلا فرق بين ان يقول على أن صداق كل واحدة منهما بضع الاخرى أو لم يقل ذلك وقال الشافعي هو أن يقول ذلك ولا يسمى لكل واحدة صداقا لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن الشغار والشغار أن يقول الرجل للرجل زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ويكون بضع كل واحدة منهما مهراً في الاخرى

ولنا أنها علقت منه بحر لاجل الملك فأشبهت الجارية المشتركة إذا كان موسراً ، قال أصحابنا ولا يلزم الاب قيمة الجارية ولا قيمة ولدها ولا مهرها . وقال الشافعي يلزمه ذلك كله إذا حكم بأنها أم ولد وهذا يبنى على أصل وهو أن للاب أن يتملك من مال ولده ما شاء وانه ليس للابن مطالبة أبيه بدين له عليه ولا قيمة متلف وعندهم بخلاف ذلك وهذا يذكر في موضع آخر ان شاء الله تعالى

(فصل) وان وطيء الابن جارية أبيه عالما بتحريم ذلك فعليه الحد ولا يلحقه النسب ولا تصير به الجارية أم ولد لانه لا ملك له ولا شبهة ملك فأشبه وطء الاجنبية وكذلك سائر الاقارب

(فصل) وان وطيء الاب وابنه جارية الابن في طهر واحد فأتت بولد أري القافة فألحق بمن ألحقته به منهما وصارت أم ولد له كما لو انفرد بوطئها وان ألحقته بهما لحق بهما وان أولدها احدهما بعد الآخر فهي ام ولد للاول منهما خاصة لأنها بولادتها منه صارت له ام ولد لانفراده بايلادها فلا تنتقل بعد ذلك الى غيره لان ام الولد لا ينتقل الملك فيها الى غير مالكها

وقد نقل عن أحمد في رجل وقع على جارية ابنه فان كان الاب قابضاً لها ولم يكن الابن وطئها فأحبلها الاب فالولد ولده والجارية له وليس للابن فيها شيء ، قال القاضي ظاهر هذا ان الابن ان كان وطئها لم تصر أم ولد للاب لانه يحرم عليه وطؤها وأخذها فتكون قد علقت بمملوك وان كان الاب قبضها ولم يكن الابن وطئها ملكها لان للاب أن يأخذ من مال ولده ما زاد على قدر نفقته ولم تتعلق به حاجته فيتملكه

ولنا ماروى ابن عمر ان رسول الله ﷺ نهى عن الشغار والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق هذا لفظ الحديث الصحيح المتفق عليه وفي حديث أبي هريرة والشغار ان يقول الرجل للرجل زوجني بنتك وأزوجك ابنتي وزوجني أختك وأزوجك أختي رواه مسلم وهذا يجب تقديمه لصحته وعلى أنه قد أمكن الجمع بينهما بأن يعمل بالجميع ويفسد النكاح باي ذلك كان ولانه إذا شرط في نكاح إحداهما تزويج الاخرى فقد جعل بضع كل واحدة منهما صداق الاخرى ففسد كما لو لفظ

(فصل) فان سميا مع ذلك مهراً فقال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ومهر كل واحدة منهما مائة أو مهر ابنتي مائة ومهر ابنتك خمسون أو أقل او أكثر فالمنصوص عن أحمد صحته وهو قول الشافعي لما تقدم من حديث ابن عمر وكانه قد سمي صداقاً فصح كما لو لم يشرط ذلك وقال الخرقي لايصح لحديث أبي هريرة ولما روى أبوداود عن الاعرج أن العباس بن عبد الله ابن العباس أنكح عبد الرحمن بن الحكم ابنته وأنكحه عبدالرحمن ابنته وكانا جعلا صداقا فكتب معاوية الى مروان فامره ان يفرق بينهما وقال في كتابه هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله ﷺ ولانه شرط نكاح إحداهما لنكاح الاخرى فلم يصح كما لو لم يسميا صداقاً يحققه أن عدم التسمية ليس بمفسد للعقد بدليل

﴿ باب نكاح أهل الشرك ﴾

أنكحة الكفار صحيحة يقرون عليها إذا أسلموا أو تحاكموا الينا إذا كانت المرأة ممن يجوز ابتداء نكاحها في الحال ولا ينظر صفة عقدهم وكيفيته ولا يعتبر له شروط أنكحة المسلمين من الولي والشهود وصيغة الايجاب والقبول وأشباه ذلك بلا خلاف بين المسلمين

قال ابن عبد البر : أجمع العلماء على أن الزوجين إذا أسلما معا في حال واحدة ان لهما المقام على نكاحهما مالم يكن بينهما نسب ولا رضاع ، وقد أسلم خلق في عهد رسول الله ﷺ وأسلم نساؤهم وأقروا على أنكحتهم ولم يسألهم رسول الله ﷺ عن شروط النكاح ولا كيفيته وهذا أمر علم بالتواتر والضرورة فكان يقينا ولكن ينظر في الحال فاذا كانت المرأة على صفة يجوز له ابتداء نكاحها اقر ، وإن كانت ممن لا يجوز ابتداء نكاحها كأحد المحرمات بالنسب او السبب أو المعتدة والمرتدة والوثنية والمجوسية والمطلقة ثلاثا لم يقر ، وإن تزوجها في العدة وأسلما بعد انقضائها اقر لانها يجوز ابتداء نكاحها

نكاح المفوضة فدل على ان المفسد هو الشرط وقد وجد ولانه متلف في عقد فلم يصح كما لو قال بعتك ثوبي بعشرة على ان تبيعني ثوبك بعشرين وهذا لااختلاف فيه إذا لم يصرح بالتشريك فأما إن قال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنك ومهر كل واحدة منهما مائة وبضع الاخرى فالنكاح فاسد لانه صرح بالتشريك فلم يصح العقد كما لم يذكر مسمى

(فصل) ومتى قلنا بصحة العقد إذا سميا صداقاً ففيه وجهان (أحدهما) تفسد التسمية ويجب مهر المثل، وهذا قول الشافعي لان كل واحد منهما لم يرض بالمسمى الا بشرط ان يزوج مولية صاحبه فنقص المهر لهذا الشرط وهو باطل فاذا احتجنا الى ضمان النقص صار المسمى مجهولا فبطل (والوجه الثاني) ذكره القاضي في الجامع أنه يجب المسمى لانه ذكر قدراً معلوما يصح ان يكون مهراً فصح كما لو قال زوجتك على الف على ان لي منها مائة

(فصل) فان سمى لاحدهما مهراً دون الاخرى فقال أبو بكر يفسد النكاح فيهما لانه فسد في إحداهما ففسد في الاخرى والاولى أنه يفسد في التي لم يسم لها صداقاً لان نكاحها خلا من صداق سوى نكاح الاخرى ويكون في التي سمي لها صداقا روايتان لان فيه تسمية وشرطا فاشبه ما لو سمى لكل واحدة منهما مهرا ذكره القاضي هكذا

(فصل) فان قال زوجتك جاريتي هذه على ان تزوجني ابنتك ويكون عتقها صداقا لابنتك لم يصح تزويج الجارية في قياس المذهب لانه لم يجعل لها صداقا سوى تزويج ابنته واذا زوجه ابنته على أن يجعل رقبة الجارية صداقا لها صح لان الجارية تصلح أن تكون صداقاً وإذا زوج عبده امرأة وجعل رقبته صداقاً لها لم يصح الصداق لان ملك المرأة زوجها منع صحة النكاح فيفسد الصداق ويصح

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم رحمه الله تعالى (واذا أسلم الوثني وقد تزوج بأربع وثنيات ولم يدخل بهن بن منه وكان لكل واحدة نصف ماسمى لها ان كان حلالا أو نصف صداق مثلها إن كان ماسمى لها حراما ، ولو أسلم النساء قبله وقبل الدخول بن منه أيضا ولا شيء عليه لواحدة منهن فان كان اسلامه واسلامهن قبل الدخول معا فهن زوجات ، فان كان دخل بهن ثم أسلم فمن لم تسلم منهن قبل انقضاء عدتها حرمت عليه منذ اختلاف الدينان)

في هذه المسئلة فصول خمسة (أحدها) أنه اذا أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين أو كتابي يتزوج بوثنية أو مجوسية قبل الدخول تعجلت الفرقة بينهما من حين اسلامه ويكون ذلك فسخا لا طلاقا وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا تتعجل الفرقة بل إن كانا في دار الاسلام عرض الاسلام على الآخر فان أبي وقعت الفرقة حينئذ ، وإن كانا في دار الحرب وقف ذلك على انقضاء عدتها فان لم يسلم الآخر وقعت الفرقة فان كان الاباء من الزوج كان طلاقا لان الفرقة حصلت من قبله فكان طلاقا كما لو لفظ به ، وإن كان من المرأة كان فسخا لان المرأة لا تملك الطلاق ، وقال مالك إن كانت هي المسلمة عرض عليه الاسلام فان أسلم وإلا وقعت الفرقة ، وإن كان هو المسلم تعجلت الفرقة لقوله سبحانه (ولا تمسكوا بعصم الكوافر)

النكاح ويجب مهر المثل (الثاني) نكاح المحلل وهو أن يتزوجها على أنه إذا أحلها طلقها ، نكاح المحلل باطل حرام في قول عامة اهل العلم منهم الحسن والنخعي وقتادة ومالك والليث والثوري وابن المبارك والشافعي وسواء قال زوجتكها الى ان تطأها أو شرط أنه اذا أحلها فلا نكاح بينهما او اذا احلها للاول طلقها وحكي عن ابي حنيفة أنه يصح النكاح ويبطل الشرط وقال الشافعي في الصورتين الاولتين لا يصح (وفي الثالثة) على قولين :

ولنا ماروي عن النبي ﷺ أنه قال « لعن الله المحلل والمحلل له » رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي قال حديث حسن صحيح والعمل عليه عند اهل العلم من أصحاب النبي ﷺ منهم عمر ابن الخطاب وعثمان وعبد الله بن عمر وهو قول الفقهاء من التابعين وروى ذلك عن علي وابن مسعود وابن عباس وقال ابن مسعود المحلل والمحلل له ملعونون على لسان محمد ﷺ وروى ابن ماجه عن عقبة بن عامر ان النبي ﷺ قال « ألا أخبركم بالتيس المستعار » قالوا بلى يارسول الله قال « هو المحلل لعن الله المحلل والمحلل له » رواه الاثرم باسناده عن قبيصة عن جابر قال سمعت عمر يخطب الناس وهو يقول والله لا أوتى بمحلل ولا محلل له إلا رجمتهما ولانه نكاح إلى مدة أو فيه شرط يمنع بقاءه فاشبه نكاح المتعة .

﴿ مسئلة ﴾ (فان نوى ذلك من غير شرط لم يصح أيضا في ظاهر المذهب وقيل يكره ويصح)

ولنا أنه اختلاف دين يمنع الاقرار على النكاح فاذا وجد قبل الدخول تعجلت الفرقة كالردة على ملك كاسلام الزوج أو كما لو أبى الآخر الاسلام ، ولانه ان كان هو المسلم فليس له امساك كافرة لقوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) وان كانت هي المسلمة فلا يجوز ابقاؤها على نكاح مشرك

ولنا على أنها فرقة فسخ انها فرقة باختلاف الدين فكان فسخا كما لو أسلم الزوج وأبت المرأة ولانها فرقة بغير لفظ فكانت فسخا كفرقة الرضاع

(الفصل الثاني) أن الفرقة اذا حصلت قبل الدخول باسلام الزوج فللمرأة نصف المسمى ان كانت التسمية صحيحة أو نصف مهر مثلها ان كانت فاسدة مثل أن يصدقها خمرا أو خنزيراً لان الفرقة حصلت بفعله ، وإن كانت باسلام المرأة فلا شيء لها لان الفرقة من جهتها وبهذا قال الحسن ومالك والزهري والاوزاعي وابن شبرمة والشافعي . وعن أحمد رواية أخرى أن لها نصف المهر اذا كانت هي المسلمة واختارها ابو بكر ، وبه قال قتادة والثوري ويقتضيه قول أبي حنيفة لان الفرقة حصلت من قبله باباته الاسلام وامتناعه منه وهي فعلت مافرض الله عليها فكان لها نصف مافرض الله لها كما لو علق طلاقها على الصلاة فصلت .

ونقل عن أحمد في مجوسي أسلم قبل أن يدخل بامرأته لاشيء لها من الصداق ووجها ماذكرناه ووجه الاول أن الفرقة حصلت باختلاف الدين واختلاف الدين حصل باسلامها فكانت الفرقة حاصلة

إذا تواطآ عليه قبل العقد ولم يذكر هل نواه أو نوى المحلل من غير شرط ؟ فالنكاح باطل أيضا قال اسماعيل بن سعيد سألت أحمد عن الرجل يتزوج المرأة في نفسه أن يحلها لزوجها الاول ولم تعلم المرأة بذلك قال هو محلل إذا أراد بذلك الاحلال وهو ملعون وهذا ظاهر قول الصحابة رضي الله عنهم فروى نافع عن ابن عمر ان رجلا قال له امرأة تزوجتها أحلها لزوجها لم تأمرني ولم تعلم قال لا ، نكاح رغبة ان أعجبتك أمسكتها وان كرهتها فارقتها قال وان كنا نعده على عهد رسول الله ﷺ سفاحاً وقال لا يزالا زانيين وان مكثا عشرين سنة إذا علم أنه يريد أن يحلها ، وهذا قول عثمان بن عفان رضي الله عنه وجاء رجل الى ابن عباس فقال ان عمي طلق امرأته ثلاثا أيحلها له رجل؟ قال من يخادع الله يخدعه ، وهذا قول الحسن والنخعي والشعبي وقتادة وبكر المزني والليث ومالك والثوري واسحاق وقال أبو حنيفة والشافعي العقد صحيح وذكر القاضي في صحته وجها مثل قولهما لانه خلا عن شرط يفسده فأشبه مالو نوى طلاقها لغير الاحلال أو ما لو نوت المرأة ذلك ولان العقد انما يبطل بما شرط لا بما قصد بدليل ما لواشترى عبداً بشرط أن يبيعه لم يصح ولو نوى ذلك لم يبطل ولانه قد روي عن عمر مايدل على اجازته فروى أبو حفص باسناده عن محمد بن سيرين قال قدم مكة رجل ومعه اخوة له صغار وعليه إزار من بين يديه رقعة ومن خلفه رقعة فسأل عمر فلم يعطه شيئاً فبينما هو كذلك إذ نزغ الشيطان بين رجل من قريش وبين امرأته فطلقها فقال لها هل لك أن تعطي ذا

بفعلها فلم يجب لها شيء كما لو ارتدت ويفارق تعليق الطلاق فانه من جهة الزوج ولهذا لو علقه على دخول الدار فدخلت وقعت الفرقة ولها نصف المهر

(الفصل الثالث) أن الزوجين اذا أسلما معافهما على النكاح سواء كان قبل الدخول أو بعده وليس بين أهل العلم في هذا اختلاف بحمد الله . ذكر ابن عبد البر انه اجماع من أهل العلم وذلك لانه لم يوجد منهم اختلاف دين . وقد روى ابو داود عن ابن عباس أن رجلا جاء مسلما على عهد رسول الله ﷺ ثم جاءت امرأته مسلمة بعده فقال يارسول الله انها كانت أسلمت معي فردها عليه ويعتبر تلفظهما بالاسلام دفعة واحدة لئلا يسبق أحدهما صاحبه فيفسد النكاح ويحتمل أن يقف على المجلس كالقبض ونحوه فان حكم المجلس كله حكم حالة العقد ، ولانه يبعد اتفاقهما على النطق بكلمة الاسلام دفعة واحدة ، فلو اعتبر ذلك لوقعت الفرقة بين كل مسلمين قبل الدخول الا في الشاذ النادر فيبطل الاجماع .

(الفصل الرابع) انه اذا كان اسلام أحدهما بعد الدخول ففيه عن احمد روايتان (إحداهما) يقف على انقضاء العدة فان أسلم الآخر قبل انقضائها فهما على النكاح ، وان لم يسلم حتى انقضت العدة وقعت الفرقة منذ اختلف الدينان فلا يحتاج الى استئناف العدة وهذا قول الزهري والليث والحسن بن صالح والاوزاعي والشافعي واسحاق ونحوه عن مجاهد وعبدالله بن عمر ومحمد بن الحسن ، والرواية

الرقعتين شيئا ويحك لي ؟ قالت نعم ان شئت فاخبروه بذلك قال نعم فتزوجها ودخل بها فلما أصبحت أدخلت اخوته الدار فجاء القرشي يحوم حول الدار ويقول ياويله غلب على امرأتي فأتى عمر فقال ياأمير المؤمنين غلبت على امرأتي قال من غلبك ؟ قال ذو الرقعتين قال ارسلوا اليه فلما جاءه الرسول قالت له المرأة كيف موضعك من قومك ؟ قال ليس بموضع بأس قالت ان أمير المؤمنين يقول لك طلق امرأتك فقل له لا والله لا أطلقها فانه لا يكرهك فالبسته حلة فلما رآه عمر من بعيد قال الحمد لله الذي رزق ذا الرقعتين فدخل عليه فقال أتطلق امرأتك ؟ قال لا والله لا أطلقها قال عمر لو طلقتها لأوجعت رأسك بالسوط ورواه سعيد عن هشيم عن يونس بن عبيد عن ابن سيرين نحوا من هذا وقال من أهل المدينة وهذا قد تقدم فيه الشرط على العقد ولم ير به عمر بأساً

ولنا قول النبي ﷺ « لعن الله المحلل والمحلل له » وقول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم فيكون اجماعا ولانه قصد به التحليل فلم يصح كالو شرطه أما حديث ذي الرقعتين فقال أحمد ليس له اسناد يعني أن ابن سيرين لم يذكر اسناده الى عمر وقال أبو عبيد هو مرسل فاين هو من الذي سمعوه يخطب به على المنبر لا أوتي بمحلل ولا محلل له الا رجمتهما ؟ ولانه ليس فيه ان ذا الرقعتين قصد التحليل ولا نواه واذا كان كذلك لم يتناول محل النزاع

(فصل) فان شرط عليه أن يحلها قبل العقد فنوى بالعقد غير ما شرطوا عليه وقصد نكاح رغبة

الثانية تتعجل الفرقة وهو اختيار الخلال وصاحبه ، وقول الحسن وطاوس وعكرمة وقتادة والحكم وروي ذلك عن عمر بن عبدالعزيز ونصره ابن المنذر،وقول أبي حنيفة ههنا كقوله فيا قبل الدخول إلا أن المرأة اذا كانت في دار الحرب فانقضت عدتها وحصلت الفرقة لزمها استئناف العدة ، وقال مالك ان أسلم الرجل قبل امرأته عرض عليها الاسلام فان أسلمت والا وقعت الفرقة وان كانت غائبة تعجلت الفرقة ، وإن أسلمت المرأة قبله وقفت على انقضاء العدة واحتج من قال بتعجيل الفرقة بقوله سبحانه (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) ولان مايوجب فسخ النكاح لايختلف بما قبل الدخول وبعده كالرضاع

ولنا ماروى مالك في موطئه عن ابن شهاب قال كان بين اسلام صفوان بن أمية وامرأته بنت الوليد بن المغيرة نحو من شهر أسلمت يوم الفتح وبقي صفوان حتى شهد حنينا والطائف وهو كافر ثم أسلم فلم يفرق النبي ﷺ بينهما واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح . قال ابن عبدالبر وشهرة هذا الحديث أقوى من اسناده ، وقال ابن شهاب أسلمت أم حكيم يوم الفتح وهرب زوجها عكرمة حتى أتى اليمن فارتحلت حتى قدمت عليه اليمن فدعته الى الاسلام فأسلم وقدم فبايع النبي ﷺ فثبتا على نكاحهما ، وقال ابن شبرمة كان الناس على عهد رسول الله ﷺ يسلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة المرأة فهي امرأته ، وان أسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما . ولان أبا سفيان خرج فأسلم عام الفتح قبل دخول النبي ﷺ مكة ولم تسلم هند امرأته حتى فتح النبي

صح العقد لانه خلا عن نية التحليل وشرطه فصح كما لو لم يذكر ذلك وعلى هذا يحمل حديث ذي الرقعتين فان قصدت المرأة أو وليها التحليل دون الزوج لم يؤثر ذلك في العقد وقال الحسن وابراهيم اذا هم أحد الثلاثة فسد النكاح قال أحمد كان الحسن وابراهيم والتابعون يشددون قال أحمد الحديث عن النبي ﷺ «أتريدين ان ترجعي الى رفاعة ؟ » ونية المرأة ليس بشيء انما قال النبي ﷺ « لعن الله المحلل والمحلل له » ولان العقد انما يبطل بنية الزوج لانه الذي اليه المفارقة والامساك أما المرأة فلا تملك رفع العقد فوجود نيتها وعدمها سواء وكذلك الزوج الاول لا يملك شيئاً من العقد ولا من رفعه فهو أجنبي كسائر الاجانب فان قيل فكيف لعنه النبي ﷺ ؟ قيل انما لعنه اذا رجع اليها بذلك التحليل لانها لم تحل له فكان زانياً فاستحق اللعنة لذلك

(فصل) وان اشترى عبداً فزوجها إياه ثم وهبها العبد أو بعضه لينفسخ النكاح بملكها لم يصح قال أحمد في رواية حنبل اذا طلقها ثلاثاً وأراد أن يراجعها فاشترى عبدا وزوجها إياه فهذا الذي نهى عنه عمر يؤدبان جميعا وهذا فاسد ليس بكفء وهو شبيه المحلل وعلل أحمد فساده بشيئين (أحدهما) أنه شبه المحلل لانه انما زوجها إياه لتحل له (والثاني) كونه ليس بكفء لها ويحتمل أن يصح النكاح اذا لم يقصد العبد التحليل لان المعتبر في الفساد نية الزوج لا نية غيره

(فصل) ونكاح المحلل فاسد تثبت فيه أحكام العقود الفاسدة فانه قن ولا يحصل به الاحصان

ﷺ مكة فثبتا على النكاح وأسلم حكيم بن حزام قبل امرأته وخرج ابو سفيان بن الحارث وعبدالله ابن أمية فلقيا النبي ﷺ عام الفتح بالابواء فأسلما قبل نسائهما ولم يعلم أن النبي ﷺ فرق بين أحد ممن أسلم وبين امرأته ويبعد أن يتفق اسلامهما دفعة واحدة ، ويفارق ماقبل الدخول فانه لاعدة لها فتتعجل البينونة كالمطلقة واحدة ، وههنا لها عدة . فاذا انقضت تبينا وقوع الفرقة من حين أسلم الاول فلا يحتاج إلى عدة ثانية لان اختلاف الدين سبب الفرقة فتحتسب الفرقة منه كالطلاق

(الفصل الخامس) أنه اذا أسلم أحد الزوجين وتخلف الآخر حتى انقضت عدة المرأة انفسخ النكاح في قول عامة العلماء قال ابن عبد البر لم يختلف العلماء في هذا إلا شيء روي عن النخعي شذ فيه عن جماعة العلماء فلم يتبعه عليه أحد زعم انها ترد الى زوجها ، وان طالت المدة لما روى ابن عباس أن رسول الله ﷺ رد زينب على زوجها أبي العاص بنكاحها الاول رواه ابو داود واحتج به أحمد قيل له أليس يروى أنه ردها بنكاح مستأنف؟ قال ليس له أصل ، وقيل كان بين اسلامها وردها اليه ثمان سنين

ولنا قول الله تعالى (لاهن حل لهم ولا هم يحلون لهن) وقوله سبحانه (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) والاجماع المنعقد على تحريم تزوج المسلمات على الكفار فأما قصة أبي العاص مع امرأته فقال ابن عبد البر لايخلو من أن تكون قبل نزول تحريم المسلمات على الكفار فتكون منسوخة بما جاء بعدها أو تكون حاملا استمر حكمها حتى أسلم زوجها أو مريضة لم تحض ثلاث حيضات حتى أسلم أو تكون ردت اليه بنكاح جديد فقد روى ابن أبي شيبة في سننه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ ردها على أبي العاص بنكاح

ولا الاباحة للزوج الاول كما لا يثبت في سائر العقود الفاسدة قيل فقد سماه النبي ﷺ محللا وسمى الزوج محللا له ولو لم يحصل الحل لم يكن محللا ولا محللا له قلنا سماه محللا لانه قصد التحليل في موضع لا يحصل فيه الحل كما قال «ما آمن بالقرآن من استحل محارمه» وقال الله تعالى (يحلونه عاما ويحرمونه عاما) ولو كان محللا في الحقيقة والآخر محللا له لم يكونا ملعونين (الثالث) نكاح المتعة وهو أن يتزوجها الى مدة مثل أن يقول زوجتك ابنتي شهراً أو سنة أو الى انقضاء الموسم وقدوم الحاج وشبهه سواء كانت المدة معلومة أو مجهولة فهو باطل نص عليه أحمد فقال نكاح المتعة حرام وقال أبو بكر فيها رواية أخرى أنها مكروهة غير حرام لان ابن منصور سأل أحمد عنها فقال تجتنبها أحب الي قال فظاهر هذا الكراهة دون التحريم وغير أبي بكر من أصحابنا يمنع هذا ويقول المسئلة رواية واحدة في تحريمها وهذا قول عامة الصحابة والفقهاء وممن روي عنه تحريمها عمر وعلي وابن مسعود وابن الزبير قال ابن عبد البر وعلى تحريم المتعة مالك وأهل المدينة وأبو حنيفة في أهل الكوفة والاوزاعي في أهل الشام والليث في أهل مصر والشافعي وسائر أصحاب الآثار وقال زفر يصح النكاح ويبطل الشرط وحكي عن ابن عباس أنها جائزة وعليه أكثر أصحابه عطاء وطاوس وبه قال ابن جريج وحكي ذلك عن أبي سعيد الخدري وجابر وإليه ذهب الشيعة لانه قد ثبت أن النبي ﷺ أذن فيها وروي أن عمر قال

جديد ، ورواه الترمذي وقال سمعت عبد بن حميد يقول : سمعت يزيد بن هارون يقول حديث ابن عباس أجود إسناداً والعمل على حديث عمرو بن شعيب.

(فصل) واذا وقعت الفرقة باسلام أحدهما بعد الدخول فلها المهر كاملا لانه استقر بالدخول فلم يسقط بشيء، فان كان مسمى صحيحا فهو لها لان أنكحة الكفار صحيحة يثبت لها أحكام الصحة وان كان محرماً وقد قبضته في حال الكفر فليس لها غيره لاننا لا نتعرض لما مضى من أحكامهم ، وان لم تقبضه وهو حرام فلها مهر مثلها لان الخمر والخنزير لا يجوز أن يكون صداقا لمسلمة ولا في نكاح مسلم وقد صارت أحكامهم أحكام المسلمين، فأما نفقة العدة فان كانت هي المسلمة قبله فلها نفقة عدتها لانه يتمكن من ابقاء نكاحها واستمتاعه منها باسلامه معها فكانت لها النفقة كالرجعية ،وان كان هو المسلم قبلها فلا نفقة لها عليه لانه لاسبيل له الى استبقاء نكاحها وتلافي حالها فأشبهت البائن وسواء أسلمت في عدتها أو لم تسلم ، فان قيل اذا لم تسلم تبينا أن نكاحها انفسخ باختلاف الدينين فكيف تجب النفقة للبائن ؟ قلنا لانه كان يمكن الزوج تلافي نكاحها اذا أسلمت بل يجب عليه ذلك فكانت في معنى الرجعية ، فان قيل الرجعية جرت إلى البينونة بسبب منه ، وهذه السبب منها قلنا الا أنه كان فرضا عليها مضيقاو يمكنه تلافيه بخلاف ما اذا أسلمت قبل الدخول فانه يسقط مهرها جميعه لانه ما أمكنه تلافيه

(فصل في اختلاف الزوجين) لا يخلو اختلافهما من حالين (أحدهما) أن يكون قبل الدخول ففيه مسئلتان (احداهما) أن يقول الزوج أسلمنا معا فنحن على النكاح وتقول هي بل أسلم أحدنا قبل

متعتان كانتا على عهد رسول الله ﷺ انا أنهى عنهما واعاقب عليهما : متعة النساء ومتعة الحج ولانه عقد على منفعة فجاز مؤقتا كالاجارة

ولنا ماروى الربيع بن سبرة أنه قال اشهد على أبي أنه حدث أن رسول الله ﷺ نهى في حجة الوداع وفي لفظ أن رسول الله ﷺ حرم متعة النساء رواه أبو داود وفي لفظ رواه ابن ماجه أن رسول الله ﷺ قال « يا أيها الناس اني كنت اذنت لكم في الاستمتاع الا وان الله قد حرمها الى يوم القيامة » وروى سبرة أمرنا رسول الله ﷺ بالمتعة عام الفتح حين دخلنا مكة فلم نخرج حتى نهانا عنها رواه مسلم .وروى علي بن أبي طالب أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن لحوم الحمر الاهلية متفق عليه رواه مالك في الموطأ وأخرجه الائمة النسائي وغيره . واختلف أهل العلم في الجمع بين هذين الخبرين فقال قوم في حديث علي تقديم وتأخير وتقديره أن النبي ﷺ نهى عن لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر ونهى عن متعة النساء ولم يذكر ميقات النهي عنها وقد بينه الربيع بن سبرة في حديثه أنه كان في حجة الوداع حكاه الامام أحمد عن قوم وذكره ابن عبد البر ، وقال الشافعي لا أعلم شيئاً أحله الله ثم حرمه ثم أحله ثم حرمه الا المتعة، فحمل الامر على ظاهره وأن النبي صلى الله عليه وسلم حرمها يوم خيبر ثم أحلها في

صاحبه فانفسخ النكاح فقال القاضي القول قول المرأة لان الظاهر معها وكذلك إذ يتعذر اتفاق الاسلام منهما دفعة واحدة والقول قول من الظاهر معه وقلنا كان القول قول صاحب اليد ، وذكر أبو الخطاب فيها وجها آخر ان القول قول الزوج لان الاصل بقاء النكاح والفسخ طاريء عليه فكان القول قول من يوافق قوله الاصل كالمنكر ، وللشافعي قولان كهذين الوجهين

(المسألة الثانية) أن يقول الزوج أسلمت قبلي فلا صداق لك وتقول هي أسلمت قبلي فلي نصف الصداق فالقول قولها لان المهر وجب بالعقد والزوج يدعي ما يسقطه والاصل بقاؤه ولم يعارضه ظاهر فبقي فان اتفقا على أن أحدهما أسلم قبل صاحبه ولا يعلمان عينه فلها نصف الصداق كذلك ذكره أبو الخطاب ، وقال القاضي ان لم تكن قبضت فلا شيء لها لانها تشك في استحقاقها فلا تستحق بالشك وان كان بعد القبض لم يرجع عليها لانه يشك في استحقاق الرجوع ولا يرجع مع الشك والاول أصح لان اليقين لا يزال بالشك وكذلك إذا تيقن الطهارة وشك في الحدث أو تيقن الحدث وشك في الطهارة بنى على اليقين ، وهذه قد كان صداقها واجبا لها وشككنا في سقوطه فيبقى على الوجوب . وأما إن اختلفا بعد الدخول ففيه أيضا مسألتان (إحداهما) أن يقولا أسلمنا معا أو أسلم الثاني منا في العدة فنحن على النكاح وتقول هي بل أسلم الثاني بعد العدة فانفسخ النكاح ففيه وجهان (أحدهما) القول قوله لان الاصل بقاء النكاح (والثاني) القول قولها لان الاصل عدم إسلام الثاني

حجة الوداع ثلاثة أيام ثم حرمها ولانه يتعلق به أحكام النكاح من الطلاق والظهار واللعان والتوارث فكان باطلا كسائر الانكحة الباطلة، وأما قول ابن عباس فقد حكي عنه الرجوع فروى أبو بكر باسناده عن سعيد بن جبير قال قلت لابن عباس لقد أكثر الناس في المتعة حتى قال فيها الشاعر:

أقول وقد طال الثواء بنا معاً ... ياصاح هل لك في فتيا ابن عباس
هل لك في رخصة الاطراف آنسة ... تكون مثواك حتى مصدر الناس

فقام خطيباً فقال ان المتعة كالميتة والدم ولحم الخنزير وعن محمد بن كعب عن ابن عباس قال انما كانت المتعة في أول الاسلام كان الرجل يقدم البلدة ليس فيها معرفة فيتزوج المرأة بقدر مايدري أنه يقيم فتحفظ له متاعه وتصلح له شأنه حتى نزلت هذه الآية (الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) قال ابن عباس فكل فرج سواهما حرام رواه الترمذي فاما اذن النبي صلى الله عليه وسلم فيها فقد ثبت نسخه وأما حديث عمر إن صح عنه فالظاهر أنه انما قصد الاخبار عن تحريم النبي ﷺ لها ونهيه عنها اذ لا يجوز أن ينهى عما كان النبي ﷺ اباحه وبقي على اباحته

(فصل) فان تزوجها من غير شرط الا أن في نيته طلاقها بعد شهر أو اذا انقضت حاجته فالنكاح صحيح في قول عامة أهل العلم الا الأوزاعي قال هو نكاح متعة والصحيح أنه لا بأس به ولا تضر نيته وليس على الرجل أن ينوي حبس امرأته ان وافقته والا طلقها

(المسئلة الثانية) أن تقول أسلمت قبلك فلي نفقة العدة ويقول هو أسلمت قبلك فلا نفقة لك فالقول قولها لان الاصل وجوب النفقة وهو يدعي سقوطها ، وان قال أسلمت بعد شهرين من إسلامي فلا نفقة لك فيها وقالت بعد شهر فالقول قوله لان الاصل عدم إسلامها في الشهر الثاني ، فأما ان ادعى هو ما يفسخ النكاح وأنكرته انفسخ النكاح لانه يقر على نفسه بزوال نكاحه وسقوط حقه فأشبه مالو ادعى أنها أخته من الرضاع فكذبته

(فصل) وسواء فيما ذكرنا اتفقت الداران أو اختلفتا وبه قال مالك والاوزاعي والليث والشافعي وقال أبو حنيفة ان أسلم أحدهما وهما في دار الحرب ودخل دار الاسلام انفسخ النكاح ولو تزوج حربي حربية ثم دخل دار الاسلام وعقد الذمة انفسخ نكاحه لاختلاف الدارين ويقتضي مذهبه أن أحد الزوجين الذميين اذا دخل دار الحرب ناقضا للعهد انفسخ نكاحه لان الدار اختلفت بهما فعلا وحكما فوجب أن تقع الفرقة بينهما كما لو أسلمت في دار الاسلام قبل الدخول .

ولنا أن أبا سفيان أسلم بمر الظهران وامرأته بمكة لم تسلم وهي دار حرب ، وأم حكيم أسلمت بمكة وهرب زوجها عكرمة الى اليمن وامرأة صفوان بن أمية أسلمت يوم الفتح وهرب زوجها ثم أسلموا وأقروا على أنكحتهم مع اختلاف الدين والدار بهم ، ولانه عقد معاوضة فلم ينفسخ باختلاف الدار كالبيع ويفارق ماقبل الدخول فان تمام النكاح اختلاف الدين المانع من الاقرار على النكاح دون ما ذكروه ، فعلى هذا لو تزوج مسلم مقيم بدار الاسلام حربية من أهل الكتاب صح نكاحه وعندهم لا يصح

﴿مسئلة﴾ (وكذلك ان شرط أن يطلقها في وقت بعينه)

فلا يصح النكاح سواء كان معلوما أو مجهولا مثل أن يشرط عليه طلاقها ان قدم أبوها أو أخوها ويتخرج أن يصح النكاح ويبطل الشرط وهو قول أبي حنيفة وأظهر قولي الشافعي قاله في عامة كتبه لان النكاح وقع مطلقا وانما شرط على نفسه شرطا وذلك لا يؤثر فيه كما لو شرط أن لا يتزوج عليها ولا يسافر بها .

ولنا أن هذا شرط مانع من بقاء النكاح فأشبه نكاح المتعة ولانه شرط انتفاء النكاح في وقت بعينه أشبه نكاح المتعة ويفارق ماقاسوا عليه فانه لم يشرط قطع النكاح

﴿مسئلة﴾ (وان علق ابتداءه على شرط كقوله زوجتك إذا جاء رأس الشهر أو ان رضيت أمها فهذا كله باطل من أصله)

لانه عقد معاوضة فلم يصح تعليقه على شرط مستقبل كالبيع ولانه وقف النكاح على شرط ولا يجوز وقفه على شرط وهو قول الشافعي وعن مالك نحوه ، وذكر أبو الخطاب فيما إذا شرط ان رضيت أمها رواية إن النكاح صحيح لانه يصح في الجهل بالعوض فلم يبطل بالشرط الفاسد كالعتق ويبطل الشرط والاول أصح لما ذكرنا (النوع الثاني) ان شرط أنه لا مهر لها ولا نفقة او يقسم لها أكثر من امرأته الاخرى او اقل فالشرط باطل ويصح النكاح وكذلك ان شرط أنه إن اصدقها رجع عليها

ولنا عموم قوله تعالى (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم) ولانها امرأة يباح نكاحها اذا كانت في دار الاسلام فأبيح نكاحها في دار الحرب كالمسلمة

﴿مسئلة﴾ قال (ولو نكح أكثر من أربع في عقد واحد أو في عقود متفرقة ثم أصابهن ثم أسلم ثم أسلمت كل واحدة منهن في عدتها اختار أربعا منهن وفارق ماسواهن سواء كان من أمسك منهن أول من عقد عليهن أو آخرهن)

وجملة ذلك أن الكافر اذا أسلم ومعه أكثر من أربع نسوة فأسلمن في عدتهن أو كن كتابيات لم يكن له امساكهن كلهن بغير خلاف نعلمه ولا يملك امساك أكثر من أربع فاذا أحب ذلك اختار أربعا منهن وفارق سائرهن سواء تزوجهن في عقد أو في عقود وسواء اختار الاوائل أو الاواخر . نص عليه احمد وبه قال الحسن ومالك والليث والاوزاعي والثوري والشافعي واسحاق ومحمد بن الحسن وقال ابوحنيفة وأبو يوسف إن كان تزوجهن في عقد انفسخ نكاح جميعهن ، وان كان في عقود فنكاح الاوائل صحيح ونكاح مازاد على أربع باطل لان العقد اذا تناول أكثر من أربع فتحريمه من طريق الجمع فلا يكون فيه مخيراً بعد الاسلام كما لو تزوجت المرأة زوجين في حال الكفر ثم أسلموا

ولنا ماروى قيس بن الحارث قال أسلمت وتحتي ثمان نسوة فأتيت النبي ﷺ فقلت له ذلك

أو تشرط عليه أن لا يطأها او يعزل عنها او لا يكون عندها في الجمعة الا ليلة أو شرط لها النهار دون الليل او شرط على المرأة ان تنفق عليه او تعطيه شيئاً فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها لانها تنافي مقتضاه وتتضمن اسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلم يصح كما لو اسقط الشفيع شفعته قبل البيع، فأما العقد في نفسه فهو صحيح لان هذه الشروط تعود الى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به فلم يبطله كما لو شرط في العقد صداقاً محرما ولان النكاح يصح مع الجهل بالعوض فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد كالعتاق وقد نص احمد فيمن تزوج امرأة وشرط عليها ان يبيت عندها في كل جمعة ليلة ثم رجعت وقالت لا أرضى الا ليلة وليلة فقال: لها ان تنزل الا بطيب نفس منها فان ذلك جائز وان قالت لا أرضى الا بالمقاسمة كان ذلك حقا لها تطالبه ان شاءت، ونقل عنه الاثرم في الرجل يتزوج المرأة ويشرط عليها ان يأتيها في الايام يجوز الشرط وان شاءت رجعت، وقال في الرجل يتزوج المرأة على أن تنفق عليه في كل شهر خمسة دراهم أو عشرة دراهم النكاح جائز ولها ان ترجع في هذا الشرط ونقل عن أحمد كلام في بعض هذه الشروط يحتمل إبطال العقد نقل عنه المروذي في النهاريات والليليات ليس هذا من نكاح أهل الاسلام وممن كره تزويج النهاريات حماد بن أبي سليمان وابن شبرمة ، وقال الثوري الشرط باطل وقال أصحاب الرأي اذا سألته أن يعدل لها عدل ، وكان الحسن وعطاء لايريان بنكاح النهاريات بأسا وكان الحسن لايرى بأسا أن يتزوجها ويجعل لها من الشهر أياما معلومة . قال شيخنا ولعل كراهة من

فقال « اختر منهن أربعا » رواه احمد وأبو داود . وروى محمد بن سويد الثقفي أن غيلان بن سلمة أسلم وتحته عشر نسوة فأسلمن معه فأمره رسول الله ﷺ أن يتخير منهن أربعا . رواه الترمذي ورواه مالك في موطئه عن الزهري مرسلا ، ورواه الشافعي في مسنده عن ابن علية عن معمر عن الزهري عن سالم عن أبيه الا أنه غير محفوظ غلط فيه معمر وخالف فيه أصحاب الزهري كذلك قال الحفاظ الامام احمد والترمذي وغيرهما، ولان كل عدد جاز له ابتداء العقد عليه جاز له امساكه بنكاح مطلق في حال الشرك كما لو تزوجهن بغير شهود ، وأما اذا تزوجت بزوجين فنكاح الثاني باطل لانها ملكته ملك غيرها ، وإن جمعت بينهما لم يصح لانها لم تملكه جميع بضعها ولان ذلك ليس بشائع عند أحد من أهل الاديان ، ولان المرأة ليس لها اختيار النكاح وفسخه بخلاف الرجل

(فصل) ويجب عليه أن يختار أربعا فما دون ويفارق سائرهن أو يفارق الجميع لان النبي ﷺ أمر غيلان وقيسا بالاختيار وأمره يقتضي الوجوب ، ولان المسلم لا يجوز اقراره على نكاح أكثر من أربع فان أبى أجبر بالحبس والتعزير الى أن يختار لان هذا حق عليه يمكنه ايفاؤه وهو ممتنع منه فأجبر عليه كايفاء الدين، وليس للحاكم أن يختار عنه كما يطلق على المولي اذا امتنع من الطلاق لان الحق ههنا لغير معين وانما تتعين الزوجات باختياره وشهوته وذلك لا يعرفه الحاكم فينوب عنه فيه بخلاف المولي فان الحق لمعين يمكن الحاكم ايفاؤه والنيابة عن المستحق فيه فان جن خلي حتى يعود عقله ثم يجبر على

كره ذلك راجعة إلى ابطال الشرط وإجازة من أجازه راجعة الى أصل النكاح فتكون أقوالهم متفقة على صحة النكاح وابطال الشرط كما قلنا والله أعلم . وقال القاضي انما كره أحمد هذا النكاح لانه يقع على السر وهو منهي عنه فان شرط عليه ترك الوطء احتمل أن يفسد العقد لانه شرط ما ينافي المقصود من النكاح وهذا مذهب الشافعي ، وكذلك إن شرط عليه أن لا تسلم اليه فهو بمنزلة من اشترى شيئا على أن لا يقبضه ، وان شرط عليها أن لا يطأ لم يفسد لان الوطء حقه عليها ، ويحتمل أن يفسد لان لها فيه حقا ولذلك تملك مطالبته به اذا آلى والفسخ اذا تعذر بالجب والعنة

(الثالث) أن يشرط الخيار إن جاءها بالمهر في وقت وإلا فلا نكاح بينهما فالشرط باطل وفي صحة النكاح روايتان (احداهما) النكاح صحيح والشرط باطل وبه قال أبو ثور فيما اذا شرط الخيار وحكاه عن أبي حنيفة وزعم أن لا خلاف فيه ، وقال ابن المنذر قال أحمد وإسحاق اذا تزوجها على انه إن جاءها بالمهر في وقت كذا وإلا فلا نكاح بينهما الشرط باطل والعقد جائز وهو قول عطاء والثوري وأبي حنيفة والاوزاعي وروي ذلك عن الزهري ولان النكاح عقد لازم لا يدخله خيار لما في ذلك من المفسدة والضرر على الحرائر لكونها ترد بعد ابتذالها بعقد النكاح والشناعة عليها بأنها ردت رغبة عنها لدناءتها والشرط الآخر تعليق النكاح على شرط فهو معنى الخيار ويصح النكاح لان النكاح يصح في المجهول فلم يفسد بالشرط الفاسد كالعتق ، وروى ابن منصور عن أحمد في هذا ان الشرط

الاختيار وعليه نفقة الجميع الى أن يختار لانهن محبوسات عليه ولانهن في حكم الزوجات أيتهن اختار جاز

(فصل) ولو زوج الكافر ابنه الصغير أكثر من أربع ثم أسلموا جميعاً لم يكن له الاختيار قبل بلوغه فانه لا حكم لقوله وليس لابيه الاختيار عنه لان ذلك حق يتعلق بالشهوة فلا يقوم غيره مقامه فيه فاذا بلغ الصبي كان له أن يختار حينئذ وعليه النفقة إلى أن يختار

(فصل) فان مات قبل أن يختار لم يقم وارثه مقامه لما ذكرنا في الحاكم وعلى جميعهن العدة لان الزوجات لم يتعين منهن فمن كانت منهن حاملا فعدتها بوضعه ومن كانت آيسة أو صغيرة فعدتها أربعة أشهر وعشر لانها أطول العدتين في حقها ، وان كانت من ذوات القروء فعدتها أطول الأجلين من ثلاثة قروء أو أربعة أشهر وعشر لتقضي العدة بيقين لان كل واحدة منهن يحتمل أن تكون مختارة أو مفارقة وعدة المختارة عدة الوفاة وعدة المفارقة ثلاثة قروء فأوجبنا أطولهما لتنقضي العدة بيقين كما قلنا فيمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها عليه خمس صلوات وهذا مذهب الشافعي ، فأما الميراث فان اصطلحن عليه فهو جائز كيفما اصطلحن لان الحق لهن لا يخرج عنهن وان أبين الصلح فقياس المذهب أن يقرع بينهن فتكون الاربع منهن بالقرعة وعند الشافعي يوقف الميراث حتى يصطلحن وأصل هذا يذكر في غير هذا الموضع ان شاء الله تعالى

(فصل) وصفة الاختيار أن يقول اخترت نكاح هؤلاء أو اخترت هؤلاء أو أمسكتهن أو اخترت

والعقد جائزان لقول النبي ﷺ « المسلمون على شروطهم » وذكر القاضي في كتابه الروايتين والوجهين ، أما صحة العقد فلان اللفظ الذي يقتضي الدوام قد وجد وانما حصل الشرط في المهر فلم يؤثر في العقد ، وأما المهر فانها لما ملكت فسخ النكاح عند تعذر تسليم المهر جاز أن يشترط هذا المعنى في العقد ولا يؤثر فيه ، والرواية الأخرى يبطل العقد في هذا كله لان النكاح لا يكون إلا لازما وهذا يوجب جوازه ولانه وقفه على شرط ولا يجوز وقفه على شرط كالبيع وهذا قول الشافعي ونحوه عن مالك وأبي عبيد

(فصل) فان شرط الخيار في الصداق خاصة لم يفسد النكاح لان النكاح منفرد عن ذكر الصداق لا يفسد النكاح بفساده فلأن لا يفسد بشرط الخيار أولى بخلاف البيع فانه اذا فسد أحد العوضين فسد الآخر ، اذا ثبت هذا ففي الصداق ثلاثة أوجه (أحدها) يصح الصداق ويبطل شرط الخيار كما يفسد الشرط في النكاح ويصح النكاح (والثاني) يصح ويثبت الخيار فيه لان عقد الصداق عقد منفرد يجري مجرى الاعيان ويثبت فيه الخيار كالبياعات (والثالث) يبطل الصداق لانها لم ترض به فلم يلزمها كما لو لم توافقه على شيء

(فصل) قال الشيخ رحمه الله تعالى (فان تزوجها على أنها مسلمة فبانت كتابية فله الخيار) لانه نقص وضرر يتعدى الى الولد فأشبه مالو شرطها حرة فبانت أمة

حبستهن أو امساكهن أو نكاحهن أو أمسكت نكاحهن أو ثبت نكاحهن أو اثبتهن، وان قال لما زاد على الاربع فسخت نكاحهن كان اختياراً للأربع ، وان طلق إحداهن كان اختياراً لها لان الطلاق لا يكون إلا في زوجة وان قال قد فارقت هؤلاء أو اخترت فراق هؤلاء فان لم ينو الطلاق كان اختيارا لغيرهن لقول النبي ﷺ لغيلان «اختر منهن أربعاً وفارق سائرهن» وهذا يقتضي أن يكون لفظ الفراق صريحاً فيه كما كان لفظ الطلاق صريحاً فيه وكذا في حديث فيروز الديلمي قال فعمدت إلى أقدمهن صحبة ففارقتها وهذا الموضع أخص بهذا اللفظ فيجب أن يتخصص فيه بالفسخ وان نوى به الطلاق كان اختياراً لهن دون غيرهن وذكر القاضي فيه عند الاطلاق وجهين

[أحدهما] أنه يكون اختياراً للمفارقات لان لفظ الفراق صريح في الطلاق والأولى ما ذكرناه وان وطىء إحداهن كان اختيارا لها في قياس المذهب لانه لا يجوز إلا في ملك فيدل على الاختيار كوطء الجارية المبيعة بشرط الخيار ووطء الرجعية أيضا اختيار لها ، وان آلى من واحدة منهن أو ظاهر منها لم يكن اختياراً لها لانه يصح في غير زوجة في أحد الوجهين وفي الآخر يكون اختياراً لها لان حكمه لا يثبت في غير زوجة وان قذفها لم يكن اختياراً لها لانه يتم في غير زوجة

(فصل) واذا اختار منهن أربعاً وفارق البواقي فعدتهن من حين اختار لانهن بن منه بالاختيار ويحتمل أن تكون عدتهن من حين أسلم لانهن بن بالاسلام وإنما يتبين ذلك باختياره فيثبت حكمه من حين الاسلام كما اذا أسلم أحد الزوجين ولم يسلم الآخر حتى انقضت عدتها وفرقن فسخ لانها تثبت

﴿ مسألة ﴾ (فان شرطها كتابية فبانت مسلمة فلا خيار له) لانها زيادة ، وقال أبو بكر له ذلك لانه قد يكون له غرض في عدم وجوب العبادات عليها والاول أولى

(فصل) فان شرطها أمة فبانت حرة وكان له نكاح الاماء فلا خيار له لان ولده يسلم من الرق ويتمكن من الاستمتاع بها ليلا ونهاراً ، وكذا لو شرطها ذات نسب فبانت أشرف منه أو على صفة دينة فبانت خيراً من شرطه لانها زيادة

(فصل) وان شرطها بكراً فبانت ثيبا فعن أحمد كلام يحتمل أمرين (أحدهما) لا خيار له لان النكاح لا يرد فيه بعيب سوى العيوب الثمانية ولا يثبت فيه الخيار الا برد بمخالفة الشرط (والثاني) له الخيار كما لو شرط الحرية ، وكذلك لو شرطها حسناء فبانت شوهاء أو ذات نسب فبانت دونه أو بيضاء فبانت سوداء أو طويلة فبانت قصيرة خرج في ذلك كله وجهان ونحو هذا مذهب الشافعي وكذلك لو شرط نفي العيوب التي لا ينفسخ بها النكاح كالعمى والخرس والصمم ونحوه فبان بخلاف ذلك ففيه وجهان . وممن ألزم الزوج من هذه صفتها الثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي حكاه ابن المنذر ، وروى الزهري ان رجلا تزوج امرأة لم يجدها عذراء وكانت الحيضة خرقت عذرتها فأرسلت اليه عائشة ان الحيضة تذهب بالعذرة ، وعن الحسن والشعبي وابراهيم في الرجل إذا لم يجد امرأته عذراء ليس عليه شيء العذرة ان الحيضة تذهب العذرة والوثبة والتعيس والحمل الثقيل

باسلامه من غير لفظ منهن، وعدتهن كعدة المطلقات لان عدة من انفسخ نكاحها كذلك وان ماتت احدى المختارات أو بانت منه وانقضت عدتها فله أن ينكح من المفارقات وتكون عنده على طلاق ثلاث لانه لم يطلقها قبل ذلك، وان اختار أقل من أربع أو اختار ترك الجميع أمر بطلاق أربع أو تمام أربع لان الاربع الزوجات لا يبن منه إلا بطلاق أو ما يقوم مقامه فاذا طلق أربعا منهن وقع طلاقه بهن وانفسخ نكاح الباقيات لاختياره لهن وتكون عدة المطلقات من حين طلق وعدة الباقيات على الوجهين وان طلق الجميع أقرع بينهن فاذا وقعت القرعة على أربع منهن كن المختارات ووقع طلاقه بهن وانفسخ نكاح البواقي فان كان الطلاق ثلاثا فبى انقضت عدتهن فله أن ينكح من الباقيات لأنهن لم يطلقن منه، ولا تحل له المطلقات إلا بعد زوج واصابة، ولو أسلم ثم طلق الجميع قبل اسلامهن ثم أسلمن في العدة أمر أن يختار أربعا منهن فاذا اختارهن تبينا أن طلاقه وقع بهن لانهن زوجات ويعتددن من حين طلاقه وبان البواقي باختياره لغيرهن ولا يقع بهن طلاقه وله نكاح أربع منهن اذا انقضت عدة المطلقات لان هؤلاء غير مطلقات. والفرق بين هذه وبين التي قبلها ان طلاقهن قبل اسلامهن في زمن ليس له الاختيار فيه فاذا أسلمن تجدد له الاختيار حينئذ وفي التي قبلها يطلقن وله الاختيار والطلاق يصلح اختيارا وقد أوقعه في الجميع وليس بعضهن أولى من بعض فصرنا الى القرعة لتساوي الحقوق

(فصل) واذا أسلم قبلهن وقلنا بتعجيل الفرقة باختلاف الدين فلا كلام، وان قلنا يقف على

(فصل) اذا تزوج امرأة يظنها مسلمة فبانت كافرة فله الخيار وهذا قول الشافعي كما اذا شرط ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وإن تزوج أمة يظنها حرة أو على انها حرة وولدت منه فالولد حر ويفديهم بمثلهم يوم ولادتهم ويرجع بذلك على من غره، ويفرق بينهما إن لم يكن ممن يجوز له نكاح الاماء وإن كان ممن يجوز له نكاح الاماء فله الخيار فان رضي المقام معها فما ولدت بعد ذلك فهو رقيق)

الكلام في هذه المسئلة في فصول (أحدها) ان النكاح لا يفسد بالغرور وهو قول أبي حنيفة، وقال الشافعي في أحد قوليه يفسد لانه عقد على حرة ولم يوجد فأشبه مالو قال بعتك هذا الفرس فاذا هو حمار

ولنا ان المعقود عليه في النكاح الشخص دون الصفات فلا يؤثر عدمها في صحته كما لو قال زوجتك هذه الحسناء فاذا هي سوداء، وكذا نقول في الاصل الذي ذكروه ان العقد صحيح لان المعقود عليه العين المشار اليها، وإن سلمنا فالفرق بينهما من وجهين (أحدهما) أن ثم الفائت الذات فان ذات الفرس غير ذات الحمار وههنا اختلفا في الصفات [والثاني] ان البيع يؤثر فيه فوات الصفات بدليل انه يرد بفوات أي شيء كان فيه نفع منها والنكاح بخلافه

(الفصل الثاني) أن أولاده منها أحرار بغير خلاف نعلمه لأنه اعتقد حريتها فكان ولده أحراراً كاعتقاده مايقتضي حريتهم كما لو اشترى جارية يظنها ملكا لبائعها فبانت مغصوبة بعد أن أولدها

(الفصل الثالث) ان على الزوج فداء أولاده كذلك قضى عمر وعلي وابن عباس وهو قول

انقضاء العدة ولم يسلمن حتى انقضت عدتهن تبينا أنهن بن منذ اختلف الدينان فان كان قد طلقهن قبل انقضاء عدتهن تبينا أن طلاقه لم يقع بهن وله نكاح أربع منهن اذا أسلمن، وان كان وطئهن تبينا أنه وطيء غير نسائه وان لاعنهن أو ظاهر أو قذف تبينا أن ذلك كان في غير زوجته وحكمه حكم مالو خاطب بذلك أجنبية فان أسلم بعضهن في العدة تبينا أنها زوجته فوقع الطلاق بها وكان وطؤه لها وطئا للمطلقة وان كانت المطلقة غيرها فوطؤه لها وطء لامرأته وكذلك ان كان وطؤه لها قبل طلاقها، وان طلق الجميع فأسلم أربع نسوة منهن أو أقل في عدتهن ولم تسلم البواقي تعينت لزوجية في المسلمات ووقع الطلاق بهن فاذا أسلم البواقي فله أن يتزوج بهن لانه لم يقع طلاقه بهن

(فصل) واذا أسلم وتحته ثمان نسوة فأسلم أربع منهن فله اختيارهن وله الوقوف إلى أن يسلم البواقي فان مات اللائي أسلمن ثم أسلم الباقيات فله اختيار الميتات وله اختيار الباقيات وله اختيار بعض هؤلاء وبعض هؤلاء لان الاختيار ليس بعقد وانما هو تصحيح للعقد الاول فيهن والاعتبار في الاختيار بحال ثبوته وحال ثبوته كن أحياء، وان أسلمت واحدة منهن فقال اخترتها جاز فاذا اختار أربعا على هذا الوجه انفسخ نكاح البواقي وان قال لمسلمة اخترت فسخ نكاحها لم يصح لان الفسخ انما يكون فيما زاد على الاربع والاختيار للاربع وهذه من جملة الاربع الا أن يريد بالفسخ الطلاق فيقع لانه كناية ويكون طلاقه لها اختيارا لها، وان قال اخترت فلانة قبل أن تسلم لم يصح لانه ليس

مالك والثوري والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وعن أحمد رواية أخرى ليس عليه فداؤهم لان الولد ينعقد حر الاصل فلم يضمنه لسيده لانه لم يملكه وعنه انه يقال له افتداء أولاده وإلا فهم يتبعون الام، فظاهر هذا انه خيره بين فدائهم وبين تركهم رقيقا لانهم رقيق بحكم الاصل فلم يلزمه فداؤهم كما لو وطئها وهو يعلم رقها، قال الخلال اتفق عن أبي عبد الله انه يفدي ولده وقاله إسحاق عنه في موضع ان الولد له وليس عليه أن يفديهم، وأحسبه قولا أولا لابي عبد الله والصحيح ان عليه فداءهم لقضاء الصحابة به ولانه نماء الامة المملوكة فسبيله أن يكون مملوكا لمالكها وقد فوت رقه باعتقاد الحرية فلزمه ضمانهم كما لو فوت رقهم بفعله وفي فدائهم ثلاث مسائل (الاولى) في وقته وذلك حين وضع الولد قضى بذلك عمر وعلي وابن عباس وهو قول الشافعي، وقال أبو بكر والثوري وأصحاب الرأي يضمنهم بقيمتهم يوم الخصومة لانه انما يضمنهم بالمنع ولم يمنعهم الا حال الخصومة

ولنا انه محكوم بحريته عند الوضع فوجب أن يضمنه حينئذ لانه فات رقه من حينئذ ولان القيمة التي تزيد بعد الوضع لم تكن مملوكة لمالك الامة فلم يضمنها كما بعد الخصومة فان قيل فقد كان محكوما بحريته وهو جنين قلنا انه لم يكن تضمينه حينئذ لعدم قيمته والاطلاع عليه فأوجبنا ضمانه في أول حال أمكن تضمينه وهو حال الوضع

بوقت للاختيار لأنها جارية الى بينونة فلا يصح ايضاً كما لو ان فسخ نكاحها لم ينفسخ لانه لما لم يجز الاختيار لم يجز الفسخ وإن نوى بالفسخ الطلاق أو قال أنت طالق فهو موقوف فان أسلمت ولم يسلم زيادة على أربع أو أسلم زيادة فاختارها تبينا وقوع الطلاق بها والا فلا

(فصل) وان قال كلما أسلمت واحدة اخترتها لم تصح لان الاختيار لا يصح تعليقه على شرط ولا يصح في غير معنى وان قال كلما أسلمت واحدة اخترت فسخ نكاحها لم يصح أيضاً لان الفسخ لا يتعلق بالشرط ولا يملكه في واحدة حتى يزيد عدد المسلمات على الاربع، وان أراد به الطلاق فهو كما لو قال كلما أسلمت واحدة فهي طالق وفي ذلك وجهان (أحدهما) يصح لان الطلاق يصح تعليقه بالشرط ويتضمن الاختيار لها فكلما أسلمت واحدة كان اختياراً لها وتطلق بطلاقه (والثاني) لا يصح لأن الطلاق يتضمن الاختيار والاختيار لا يصح تعليقه بالشرط

(فصل) واذا أسلم ثم أحرم بحج أو عمرة ثم أسلمن فله الاختيار لان الاختيار استدامة النكاح وتعيين المنكوحة فليس ابتداء له، وقال القاضي ليس له الاختيار وهو ظاهر مذهب الشافعي ولنا أنه استدامة نكاح لا يشترط له رضاء المرأة ولا ولي ولا شهود ولا يتجدد به مهر فجاز له في الاحرام كالرجعة

(فصل) واذا أسلمن معه ثم متن قبل اختياره فله أن يختار منهن أربعا فيكون له ميراثهن ولا يرث

(المسئلة الثانية) في صفة الفداء وفيها ثلاث روايات (إحداهن) بقيمتهم وهو أكثر الفقهاء لقول النبي ﷺ «من أعتق شقصاً من عبد قوم عليه نصيب شريكه» ولان الحيوان من المتقومات لا من ذوات الامثال فيجب ضمانه بقيمته كما لو أتلفه (والثانية) يضمنهم بمثلهم عبيداً الذكر بذكر والانثى بأنثى لما روى سعيد بن المسيب قال: بعث جارية لرجل من العرب وانتمت الى بعض العرب فتزوجها رجل من بني عذرة ثم ان سيدها دب واستاقها واستاق ولدها فاختصموا الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقضى للعذري بفداء ولده يعني غرة مكان كل غلام بغلام ومكان كل جارية بجارية وكان عمر يقوم الغرة على أهل القرى ومن لم يجد غرة ستين ديناراً ولان ولد المغرور حر فلا يضمن بقيمته كسائر الاحرار فعلى هذه الرواية ينبغي ان ينظر الى مثلهم في الصفات تقريبا لان الحيوان ليس من ذوات الامثال ويحتمل ان يجب مثلهم في القيمة وهو قول أبي بكر (والثالثة) هو مخير بين فدائهم بمثلهم أو قيمتهم قال أحمد في رواية الميموني اما القيمة أو رأس برأس لانهما جميعاً يرويان عن عمر ولكن لا أدري أي الاسنادين أقوى؟ وهذا اختيار ابي بكر قال في المقنع الفدية غرة بقدر القيمة أو القيمة وايهما اعطى أجزأ ووجه ذلك انه تردد بين الجنين الذي يضمن بغرة وبين الحاقه بغرة من المضمونات فاقتضى التخيير بينهما والصحيح أنه يضمن بالقيمة كسائر المضمونات المتقومات وقول عمر قد اختلف عنه فيه قال أحمد في رواية أبي طالب وعليه قيمتهم مثل قول عمر فاذا تعارضت الروايات عنه وجب الرجوع الى القياس

الباقيات لانهن ليس بزوجات له ، وان مات بعضهن فله الاختيار من الاحياء وله الاختيار من الميتات وكذلك لو أسلم بعضهن فمتن ثم أسلم البواقي فله الاختيار من الجميع ، فان اختار الميتات فله ميراثهن لانهن متن وهن نساؤه ، وان اختار غيرهن فلا ميراث له منهن لانهن أجنبيات وان لم يسلم البواقي لزم النكاح في الميتات وله ميراثهن ، وان وطيء الجميع قبل اسلامهن ثم أسلمن فاختار أربعا منهن فليس لهن الا المسمى لانهن زوجات ولسائرهن المسمى بالعقد الاول ومهر المثل للوطء الثاني لانهن أجنبيات وان وطئهن بعد اسلامهن فالموطوءات اولاهن المختارات والبواقي أجنبيات والحكم في المهر على ماذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو أسلم وتحته أختان اختار منهما واحدة)

هذا قول الحسن والاوزاعي والشافعي واسحاق وابي عبيد ، وقال ابو حنيفة في هذه كقوله في عشرة نسوة .

ولنا ماروى الضحاك بن فيروز عن أبيه قال : قلت يارسول الله اني أسلمت وتحتي أختان ؟ قال «طلق أيهما شئت » رواه أبو داود وابن ماجه وغيرهما ، ولان أنكحة الكفار صحيحة وانما حرم الجمع في الاسلام وقد أزاله فصح كما لو طلق احداهما قبل إسلامه ثم أسلم والاخرى في حباله وهكذا الحكم في المرأة وعمتها أو خالتها لان المعنى في الجميع واحد

(المسئلة الثالثة) فيمن يضمن منهم ومن ولد حيا في وقت يعيش لمثله سواء عاش أو مات بعد ذلك وقال مالك والثوري وأبو ثور واصحاب الرأي لاضمان على الاب لمن مات منهم قبل الخصومة وهذا ينبني على وقت وقد ذكرناه فأما السقط ومن ولد لوقت لايعيش لمثله وهو دون ستة اشهر فلا ضمان له لانه لاقيمة له .

(فصل) في المهر ولا يخلوان يكون ممن يجوز له نكاح الاماء أولا فان كان ممن يجوز له ذلك وقد نكحها نكاحا صحيحا فلها المسمى فان كان لم يدخل بها واختار الفسخ فلا مهر لها لان الفسخ لعذر من جهتها فهي كالمعيبة يفسخ نكاحها وان كان ممن لايجوز لهم نكاح الاماء فالعقد فاسد من أصله ولا مهر فيه ان كان قبل الدخول فان دخل بها فعليه مهرها وهل يجب المسمى أو مهر المثل ؟ على روايتين يذكر ان في الواجب في النكاح الفاسد ان شاء الله تعالى وكذلك ان كان ممن يجوز له نكاح الاماء لكن تزوجها بغير اذن سيدها أونحو ذلك مما يفسد به النكاح

(الفصل الرابع)انه يرجع بما غرمه على من غره من المهر وقيمة الاولاد وهو اختيار الخرقي ورواية عن أحمد قال ابن المنذر كذلك قضى عمر وعلي وابن عباس وبه قال الشافعي في القديم وفيه رواية أخري لايرجع بالمهر اختاره أبو بكر قال وهو قول علي وبه قال الثوري وأبو ثور وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد لانه وجب عليه في مقابلة نفع وصل اليه وهو الوطء فلم يرجع به كما لو اشترى

(فصل) ولو تزوج وثنية فأسلمت قبله ثم تزوج في شركه أختها ثم أسلما في عدة الاولى فله أن يختار منهما لانه أسلم وتحته أختان مسلمتان وإن أسلم هو قبلها لم يكن له أن يتزوج أختها في عدتها ولا أربعا سواها فان فعل لم يصح النكاح الثاني واذا أسلمت الاولى في عدتها فنكاحها لازم لانها انفردت به

(فصل) وإن تزوج أختين ودخل بهما ثم أسلم وأسلمتا معه فاختار احداهما لم يطأها حتى تنقضي عدة أختها لئلا يكون واطئا لأحد الاختين في عدة الاخرى ، وكذلك اذا أسلم وتحته أكثر من أربع قد دخل بهن فأسلمن معه وكن ثمانيا فاختار أربعا منهن وفارق أربعا لم يطأ واحدة من المختارات حتى تنقضي عدة المفارقات لئلا يكون واطئا لأكثر من أربع ، فان كن خمسا ففارق إحداهن فله وطء ثلاث من المختارات ولا يطأ الرابعة حتى تنقضي عدة المفارقة ، فان كن ستا ففارق اثنين فله وطء اثنتين من المختارات ، فان كن سبعا ففارق ثلاثا فله وطء واحدة من المختارات ولا يطأ الباقيات حتى تنقضي عدة المفارقات فكلما انقضت عدة واحدة من المفارقات فله وطء واحدة من المختارات هذا قياس المذهب .

(فصل) واذا تزوج أختين في حال كفره فأسلم وأسلمتا معا قبل الدخول فاختار احداهما فلا مهر للاخرى لاننا تبينا أن الفرقة وقعت باسلامهم جميعا فلا تستحق مهراً كما لو فسخ النكاح لعيب في احداها ولانه نكاح لايقر عليه في الاسلام فلا يجب به مهر اذا لم يدخل بها كما لو تزوج المجوسي أخته

مغصوبا فأكله بخلاف قيمة الولد فانه لم يحصل في مقابلته عوض لانها وجبت بحرية الولد وحرية الولد له لا لابيه وقال القاضي الا ظهر انه لم يرجع بالمهر لان أحمد قال كنت اذهب الى حديث علي ثم اني هبته وكأني اميل الى حديث عمر يعني في الرجوع ولان العاقد ضمن له سلامة الوطء كما ضمن له سلامة الولد فكما يرجع عليه بقيمة الولد كذلك يرجع بالمهر قال وعلى هذا الاصل يرجع باجرة الخدمة اذا غرمها قال شيخنا ولا أعرف عن أصحابنا بينهما فرقا اذا ثبت هذا وكان الغرور من السيد عتقت وان كان بلفظ غير هذا لم تثبت به الحرية فلا شيء له لانه لافائدة في ان يجب له مايرجع به عليه وان كان الغرور من وكيله رجع عليه في الحال وكذلك ان كان من اجنبي وان كان منها فليس لها في الحال مال فيخرج فيها وجهان بناء على دين العبد بغير اذن سيده هل يتعلق برقبته او بذمته يتبع به بعد العتق؟ قال القاضي قياس قول الخرقي انه يتعلق بذمتها لانه قال في الامة اذا خالعت زوجها باذن سيدها يتبعها به اذا عتقت كذا ههنا ويتبعها بجميعه وظاهر كلام احمد ان الغرور اذا كان من الامة لم يرجع على أحد فانه قال اذا جاءت الامة فقالت اني حرة فولت امرها رجلا فزوجها على انها حرة فالفداء على من غره يروى هذا عن علي وابراهيم وحماد وكذلك قال الشعبي وان قلنا يتعلق بها فالسيد مخير بين فدائها بقيمتها ان كانت اقل مما يرجع به عليها أو تسليمها فان اختار فداءها بقيمتها سقط قدر ذلك عن الزوج فانه لافائدة في ان يوجبه عليه ثم يرده اليه وان اختار تسليمها سلمها وأخذ ما وجب

ثم أسلما قبل الدخول وهكذا الحكم فيا زاد على الاربع اذا أسلموا جميعا قبل الدخول فاختار أربعا وانفسخ نكاح البواقي فلا مهر لهن لما ذكرنا والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان كانتا أما وبنتا فأسلم وأسلمتا معا قبل الدخول فسد نكاح الام وان كان دخل بالام فسد نكاحهما)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) اذا كان اسلامهم جميعا قبل الدخول فانه يفسد نكاح الام ويثبت نكاح البنت وهذا أحد قولي الشافعي واختيار المزني ، وقال في الآخر يختار أيهما شاء لان عقد الشرك انما يثبت له حكم الصحة اذا انضم اليه الاختيار ، فاذا اختار الام فكأنه لم يعقد على البنت .

ولنا قول الله تعالى (وأمهات نسائكم) وهذه أم زوجته فتدخل في عموم الآية ، ولانها أم زوجته فتحرم عليه كما لو طلق ابنتها في حال شركه ، ولانه لو تزوج البنت وحدها ثم طلقها حرمت عليه أمها اذا أسلم فاذا لم يطلقها وتمسك بنكاحها أولى ، وقولهم انما يصح العقد بانضمام الاختيار اليه غير صحيح فان أنكحة الكفار صحيحة تثبت لها أحكام الصحة وكذلك لو انفردت كان نكاحها صحيحا لازما من غير اختيار ولهذا فوض اليه الاختيار ههنا ولا يصح أن يختار من ليس نكاحها صحيحا وانما اختصت الام بفساد نكاحها لانها تحرم بمجرد العقد على ابنتها على التأبيد فلم يمكن اختيارها والبنت لا تحرم قبل الدخول بأمها فتعين النكاح فيها بخلاف الاختين

له وقال القاضي ان الغرور الموجب للرجوع ان يكون اشتراط الحرية مقارنا للعقد فيقول زوجتكها على أنها حرة وان لم يكن كذلك لم يملك الفسخ وهذا مذهب الشافعي والصحيح خلاف هذا فان الصحابة الذين قضوا بالرجوع لم يفرقوا بين أنواع الغرور ولم يستفصلوا والظاهر ان العقد لم يقع هكذا ولم تجر به العادة في العقود ولا يجوز قضاؤهم المطلق على صورة نادرة لم تنقل ولان الغرر قد يكون من المرأة ولا لفظ لها في العقد ولانه متى اخبره بحريتها او أوهمه ذلك بقرائن تغلب على ظنه حريتها فنكحها على ذلك ورغب فيها واصدقها صداق الحرائر ثم لزمه الغرم فقد استضر بناء على قول المخبر له والغار فتجب ازالة الضرر عنه باثبات الرجوع على من غره واضر به فعلى هذا ان كان الغرور من اثنين أو أكثر فالرجوع على جميعهم وان كان الغرور منها ومن الوكيل فعلى كل واحد منهما نصفه

(الفصل الخامس) انه ان كان الزوج ممن يحرم عليه نكاح الاماء فانه يفرق بينهما لانا تبينا ان النكاح فاسد من أصله لعدم شرطه وهكذا ان كان زوجها بغير اذن سيدها أو اختل شرط من شروط النكاح فهو فاسد يفرق بينهما والحكم في الرجوع على ماذكرنا وان كان ممن يجوز له نكاح الاماء وكانت الشرائط مجتمعة فالعقد صحيح وللزوج الخيار بين الفسخ والمقام على النكاح وهذا

(الفصل الثاني) إذا دخل بهما حرمتا على التأبيد الام لأنها أم زوجته والبنت لأنها ربيبته من زوجته التي دخل بها ، قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم وهذا قول الحسن وعمر بن عبد العزيز وقتادة ومالك وأهل الحجاز والثوري وأهل العراق والشافعي ومن تبعهم ، وان دخل بالام وحدها فكذلك ان البنت تكون ربيبته مدخولا بأمها والام حرمت بمجرد العقد على ابنتها وان دخل بالبنت وحدها ثبت نكاحها وفسد نكاح أمها كما لو لم يدخل بها ، ولو لم تسلم معه إلا إحداهما كان الحكم كما لو أسلمتا معه معاً فان كانت المسلمة هي الام فهي محرمة عليه على كل حال ، وان كانت البنت ولم يكن دخل بأمها ثبت نكاحها وان كان دخل بأمها فهي محرمة على التأبيد ، ولو أسلم وله جاريتان إحداهما أم الاخرى وقد وطئهما جميعاً حرمتا عليه على التأبيد وان كان قد وطيء احداهما حرمت الاخرى على التأبيد ولم تحرم الموطوءة وان كان لم يطأ واحدة فله وطء أيتهما شاء فاذا وطئها حرمت الاخرى على التأبيد والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو أسلم عبد وتحته زوجتان قد دخل بهما فأسلمتا في العدة فهما زوجتاه ولو كن أكثر اختار منهن اثنتين)

وجملة ذلك ان حكم العبد فيما زاد على الاثنتين حكم الحر فيما زاد على اربع فاذا أسلم وتحته زوجتان فأسلمتا معه أو في عدتهما لزم نكاحهما حرتين كانتا أو أمتين أو حرة وأمة لأنه له الجمع بينهما في ابتداء نكاحه فكذلك في اختياره ، وان كن أكثر اختار منهن اثنتين أيتهن شاء على ما مضى في الحر

معنى قول الخرقي وظاهر مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة لاخيار له لان الكفاءة غير معتبرة في جانب المرأة ولانه يملك الطلاق فيستغنى به عن الفسخ

ولنا انه عقد غر فيه أحد الزوجين بحرية الآخر فيثبت له الخيار كالآخر ولان الكفاءة وان لم تعتبر فان عليه ضرراً في استرقاق ولده ورق امرأته وذلك اعظم من فقد الكفاءة فأما الطلاق فلا يندفع به الضرر فانه يسقط نصف المسمى والفسخ يسقطه جميعه فاذا فسخ قبل الدخول فلا مهر لها وان رضي بالمقام معها فله ذلك لانه يحل له نكاح الاماء وما ولدت بعد ذلك فهو رقيق لسيدها لان المانع من رقهم في الغرور اعتقاد الزوج حريتها وقد زال ذلك بالعلم ولو وطئها قبل العلم فعلقت منه ثم علم قبل الوضع فهو حر لانه وطئها معتقداً حريتها

(فصل) والحكم في المدبرة وام الولد والمعتق نصفها كالامة القن لانها ناقصة بالرق الا ان ولد ام الولد يقوم كأنه عبد له حكم أمه وكذلك من اعتق بعضها الا انه اذا فدى الولد لم يلزمه الا فداء ما فيه من الرق لان بقيته حر بحرية امه لا باعتقاد الواطيء فان كانت مكاتبة فكذلك الا ان مهرها لها لانه من كسبها وكسبها لها وتجب قيمة ولدها على الرواية المشهورة قال أبو بكر ويكون ذلك تستعين

فلو كان تحته حرتان وأمتان فله أن يختار الحرتين أو الامتين أو حرة وأمة وليس للحرة إذا أسلمت معه الخيار في فراقه لأنها رضيت بنكاحه وهو عبد ولم يتجدد رقه بالاسلام ولا تجددت حريتها بذلك فلم يكن لها خيار كما لو تزوجت معيبا تعلم عيبه ثم أسلما . وذكر القاضي وجها ان لهـا الخيار لان الرق عيب تجددت أحكامه بالاسلام فكأنه عيب حادث والاول أصح فان الرق لم يزل عيبا ونقصا عند العقلاء ولم يتجدد نقصه بالاسلام فهو كسائر العيوب

(فصل) وان أسلم وتحته أربع حرائر فأعتق ثم أسلمن في عدتهن أو أسلمن قبله ثم أعتق ثم أسلم لزمه نكاح الأربع لانه ممن يجوز له الاربع في وقت اجتماع اسلامهم فانه حر، فأما ان أسلموا كلهم ثم أعتق قبل أن يختار لم يكن له أن يختار الا اثنتين لانه كان عبداً حين ثبت له الاختيار وهو حال اجتماعهم على الاسلام فتغير حاله بعد ذلك لايغير الحكم كمن أسلم وتحته اماء فأسلمن معه ثم أيسر ولو أسلم ومعه اثنتان ثم أعتق ثم أسلم الباقيات لم يجز الا اثنتين لانه ثبت له الخيار باسلام الاولتين

(فصل) وان تزوج أربعا فأسلمن وأعتقن قبل اسلامه فلهن فسخ النكاح لأنهن عتقن تحت عبد وانما ملكن الفسخ وان كن جاريات الى بينونة لانه قد يسلم فيقطع جريانهن الى البينونة فاذا فسخن ولم يسلم الزوج بن باختلاف الدين من حين أسلمن وان أسلم في العدة بن لفسخ النكاح وعليهن عدة الحرائر في الموضعين لأنهن ههنا وجبت عليهن العدة وهن حرائر وفي التي قبلها عتقن في أثناء العدة

به في كتابتها فان كان الغرور منها فلا شيء لها اذ لافائدة في ايجاب لها يرجع به عليها وان كان الغرور من غيرها غرمه لها ورجع به على من غره

(فصل) ولا يثبت أنها امة بمجرد الدعوى ويثبت بالبينة فان أقرت انها امة فقال أحمد في رواية أبي الحارث لا يستحقها باقرارها لان اقرارها يزيل النكاح عنها ويثبت حقاً على غيرها فلم يقبل كاقرارها بمال على غيرها وقال في رواية حنبل لاشيء حتي تثبت له أو تقر هي أنها امته فظاهر هذا انه يقبل اقرارها لانها مقرة على نفسها بالرق اشبه غير المزوجة والاول أولى ولا نسلم انه يقبل من غير ذات الزوج اقرارها بالرق بعد اقرارها بالحرية لأنها أقرت بما يتعلق به حق الله تعالى

(فصل) فان حملت المغرور بها فضربها ضارب فالقت جنينا ميتا فعلى الضارب غرة لانه محكوم بحريته ويرثها ورثته فان كان الضارب اباه لم يرثه ولا يجب بذل هذا الولد للسيد لانه انما يستحق بذل حي وهـذا ميت ويحتمل ان يجب له عشر قيمة امه لان الواطيء فوت ذلك عليه باعتقاد الحرية ولولاه لوجب ذلك له

(فصل) ويثبت له الخيار اذا ظنها حرة فبانت امة كما اذا شرط ذلك وقال الشافعي لاخيار له ووافقناه فيما اذا ظن انها مسلمة فبانت كافرة انه يثبت له الخيار وقال بعضهم فيهما جميعا قولان

ولنا ان نقص الرق اعظم ضررا فانه يؤثر في رق ولده ومنع كمال استمتاعه فكان له الخيار كما لو كانت كافرة

التي يمكن الزوج تلافي النكاح فيها وأشبهن الرجعية فان أخرن الفسخ حتى أسلم الزوج لم يسقط بذلك حقهن من الفسخ لان تركهن الفسخ اعتماد على جريانهن لبينونة فلم يتضمن الرضى بالنكاح كالرجعية اذا عتقت وأخرت الفسخ ولو أسلم قبلهن ثم أعتقن فاخترن الفسخ صح لانهن اماء عتقن تحت عبد ؛ وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وقال بعضهم لا خيار لهن لانه لا حاجة بهن الى الفسخ لكونه يحصل باقامتهن على الشرك بخلاف التي قبلها وليس بصحيح فان السبب متحقق وقد يبدو لهن الاسلام وهو واجب عليهن ، فان قيل فاذا أسلمن اخترن الفسخ قلنا يتضررن بطول العدة فان ابتداءها من حين الفسخ ولذلك ملكن الفسخ فيما اذا أسلمن وعتقن قبله

فاما ان اخترن المقام وقلن قد رضينا بالزوج فذكر القاضي أنه يسقط خيارهن لأنها حالة يصح فيها اختيار الفسخ فصح فيهـا اختيار الاقامة كحالة اجتماعهم على الاسلام ، وقال أصحاب الشافعي لايسقط خيارهن لان اختيارهن للاقامة ضد الحالة التي هن عليها وهي جريانهن إلى البينونة فلم يصح كما لو ارتدت الرجعية فراجعها الزوج حال ردتها وهذا يبطل بما إذا قال إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ثم عتقت فاختارت زوجها

(فصل) وإذا أسلم الحر وتحته اماء فأعتقت إحداهن ثم أسلمت ثم أسلم البواقي لم يكن له أن يختار من الاماء لانه مالك لعصمة حرة حين اجتماعها على الاسلام ؛ وان أسلمت إحداهن معه ثم اعتقت

﴿ مسئلة ﴾ (وإن كان المغرور عبدا فولده أحرار ويفديهم إذا أعتق ويرجع به على من غره)

وذلك أن حكم العبد المغرور حكم الحر في حرية أولاده ، وقال أبو حنيفة ولده رقيق لان أبويه رقيق ولا يصح ذلك لانه وطئها معتقداً حريتها فأشبه الحر فان هـذا هو العلة المقتضية للحرية في محل الوفاق ولولا ذلك لكان رقيقاً فان علة رق الولد رق الام خاصة ولا عبرة بالاب بدليـل ولد الحر من الامة ، وولد الحرة من العبد ، وعلى العبد فداؤهم لانه فوت رقهم باعتقاده وفعله ولا مال له في الحال فيخرج في ذلك وجهان (أحدهما) يتعلق برقبته كجنايته (والثاني) بذمته يتبع به بعد العتق وهو قول الخرقي فيكون بمنزلة الخلع من الامة إذا بذلته بغير اذن سيدها وتفارق الاستدانة والجناية لانه اذا استدان أتلف مال الغريم فكان جناية منه وههنا لم يجن في الاولاد جناية وانما عتقوا من طريق الحكم وماحصل لهم منهم عوض فيكون ذلك في ذمته يتبع به بعد العتق ويرجع به حين يغرمه فانه لاينبغي ان يجب له بذل مالم يثبت عليه وأما الحرية فتتعجل في الحال وان قلنا ان الفداء يتعلق برقبته وجب في الحال ويرجع به سيده في الحال ويثبت للعبد الخيار كثبوته للحر الذي يحل له نكاح الاماء لان عليه ضرراً في رق ولده ونقصاً في استمتاعه فانها لا تكون عنده ليلا ونهارا ولم ترض به ويحتمل أن لايثبت له خيار لانه نقص صفة لاينقص بها عن رتبته فاشبه مالو شرط نسب امرأة فبانت بخلافه لانها مساوية لنسبه بخلاف تغرير الحر وقال بعض الشافعية لاخيار له وقال بعضهم

ثم أسلم البواقي فله أن يختار من الاماء لان العبرة بحال الاختيار وهي حالة اجتماعهم على الاسلام ، وحالة اجتماعها على الاسلام كانت أمة

(فصل) ولو أسلم وتحته أربع اماء وهو عادم الطول خائف العنت فأسلمن معه فله أن يختار منهن واحدة فان كانت لاتعفه فله أن يختار منهن من تعفه في احدى الروايتين، والاخرى لايختار إلا واحدة وهذا مذهب الشافعي وتوجيهها قدمضى في ابتداء نكاح الاماء، وان عدم فيه الشرطان انفسخ النكاح في الكل ولم يكن له خيار وبهذا قال الشافعي وقال ابو ثور له أن يختار منهن لانه استدامة العقد لا ابتداء له بدليل أنه لايشترط له شروط العقد فأشبه الرجعة

ولنا أن هذه امرأة لايجوز ابتداء العقد عليها حال الاسلام لم يملك اختيارها كالمعتدة من غيره وكذوات محارمه ، وأما الرجعة فهي قطع جريان النكاح إلى البينونة وهذا اثبات النكاح في امرأة وان كان دخل بهن ثم أسلم ثم أسلمن في عدتهن فالحكم كذلك ، وقال ابو بكر لايجوز له ههنا اختيار بل يبن بمجرد اسلامه لئلا يفضي الى استدامة نكاح مسلم في أمة كافرة

ولنا أن اسلامهن في العدة بمنزلة اسلامهن معه ولهذا لو كن حرائر مجوسيات أو وثنيات فأسلمن في عدتهن كان ذلك كاسلامهن معه وان لم يسلمن حتى انقضت عدتهن انفسخ نكاحهن سواء كن كتابيات أوغير كتابيات لانه لايجوز له استدامة النكاح في أمة كتابية

فيه قولان والاولى ماذكرناه واذا اختار الاقامة فالمهر واجب لايرجع به على أحد وان اختار الفسخ قبل الدخول فلا مهر وان كان بعده والنكاح باذن سيده فالمهر واجب عليه وفي الرجوع اختلاف ذكرناه فيما مضى وان كان بغير إذنه فالنكاح فاسد فان دخل بها ففي قدر مايجب به وجهان (أحدهما) مهر المثل (والثاني) الخمسان وهل يرجع به ؟ على وجهين

﴿ مسئلة ﴾ (وان تزوجت المرأة عبدا على أنه حر أوظنته حراً فبان عبداً فلها الخيار)

اما النكاح فهو صحيح وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لان اختلاف الصفة لا يمنع صحة العقد كما لو تزوج أمة على أنها حرة وهذا إذا كملت شروط النكاح وكان باذن سيده وان كانت المرأة حرة وقلنا الحرية ليست من شروط الكفاءة وان فقد الكفاءة لا يبطل النكاح فهو صحيح ولان للمرأة الخيار بين الفسخ والامضاء فان اختارت فلأوليائها الاعتراض عليها لعدم الكفاءة وان كانت أمة فينبغي ان يكون لها الخيار أيضا لانه لما ثبت الخيار للعبد اذا غر من أمة ثبت للامة إذا غرت بعبد وكل موضع حكمنا بفساد العقد به فنفرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها وان كان بعده فلها مهر المثل أو المسمى على ما قدمنا من الاختلاف ، وكل موضع فسخ النكاح مع القول بصحته قبل الدخول فلا شيء لها وان كان بعده فلها المسمى لانه فسخ طرأ على نكاح فأشبه الطلاق .

(فصل) ولو أسلم وهو واجد الطول فلم يسلمن حتى أعسر ثم أسلمن فله أن يختار منهن لان شرائط النكاح تعتبر في وقت الاختيار وهو وقت اجتماعهم على الاسلام وهو حينئذ عادم الطول خائف العنت فكان له الاختيار ، وان أسلم وهو معسر فلم يسلمن حتى أيسر لم يكن له الاختيار لذلك وان أسلمت واحدة منهن وهو موسر ثم أسلم البواقي بعد اعساره لم يكن له أن يختار منهن شيئاً لان وقت الاختيار دخل باسلام الاولى الا ترى انه لو كان معسراً كان له اختيارها فاذا كان موسراً بطل اختياره وان أسلمت الاولى وهو معسر فلم تسلم البواقي حتى أيسر لزم نكاح الاولى ولم يكن له الاختيار من البواقي لان الاولى اجتمعت معه في حالة يجوز له ابتداء نكاحها بخلاف البواقي ولو أسلم وأسلمن معه وهو معسر فلم يختر حتى أيسر كان له أن يختار لان حال ثبوت الاختيار كان له ذلك فبغير حاله لا يسقط ما ثبت له كما لو تزوج او اختار ثم أيسر لم يحرم عليه استدامة النكاح

(فصل) فان أسلم وأسلمت معه واحدة منهن وهو ممن يجوز له نكاح الاماء فله أن يختار من أسلمت معه لان له أن يختارها لو أسلمن كلهن فكذلك إذا أسلمت وحدها ، وان أحب انتظار البواقي جاز لان له غرضا صحيحا وهو أن يكون منهن من هي أبر عنده من هذه فان انتظرهن فلم يسلمن حتى انقضت عدتهن تبين أن نكاح هذه كان لازما وان البواقي منذ اختلف الدينان، وان اسلمن في العدة اختار منهن واحدة وانفسخ نكاح الباقيات من حين الاختيار، وعدهن من حين الاختيار وان أسلم

(فصل) فان غرها بنسب فبان بدونه وكان ذلك مخلا بالكفاءة وقلنا بصحة النكاح فلها الخيار فان اختارت الامضاء فلأ وليائها الاعتراض عليها وان لم تخل بالكفاءة فلا خيار لها لان ذلك ليس بمعتبر في النكاح فأشبه ما لو شرطته فقيها فبان بخلافه وكذلك ان اشترطت غير النسب فان كان مما يعتبر في الكفاءة فهو كما لو تبين أنه غير مكافىء لها في النسب وان لم يعتبر في الكفاءة كالفقه والجمال واشباه ذلك فلا خيار لها لان ذلك مما لا يؤثر في النكاح فلا يؤثر اشتراطه وذلك انه اذا بان نسبه دون ما ذكره وجه في ثبوت الخيار لها وان لم تخل بالكفاءة والاولى ما ذكرناه

﴿فصل﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (وان عتقت الامة وزوجها حر فلا خيار لها في ظاهر المذهب)

هذا قول ابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب والحسن وعطاء وسليمان بن يسار وأبي قلابة. وابن أبي ليلى ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق، وقال طاوس وابن سيرين ومجاهد والنخعي وحماد ابن ابي سليمان والثوري وأصحاب الرأي لها الخيار لما روى الاسود عن عائشة أن النبي ﷺ خير بريرة وكان زوجها حراً رواه النسائي ولانها كملت بالحرية فكان لها الخيار كما لو كان زوجها عبداً وروي عن أحمد ذلك .

ولنا أنها كافأت زوجها في الكمال فلم يثبت لها الخيار كما لو اسلمت الكتابية تحت المسلم فأما خبر الاسود عن عائشة فقد روى عنها القاسم بن محمد وعروة أن زوج بريرة كان عبداً وهما أخص بها

بعضهن دون بعض بان اللائي لم يسلمن منذ اختلف الدينان والبواقي من حين اختاره وان اختار التي أسلمت معه حين أسلمت انقضت عصمة البواقي وثبت نكاحها فان اسلم البواقي في العدة تبين انهن بن منه باختياره وعدتهن من حينئذ وان لم يسلمن بن باختلاف الدين وعدتهن منه وان طلق التي أسلمت معه طلقت وكان اختياراً لها وحكم ذلك حكم ما لو اختارها صريحا لان إيقاع طلاقه عليها يتضمن اختيارها فاما ان اختار فسخ نكاحها لم يكن له لان الباقيات لم يسلمن معه فما زاد العدد على ماله امساكه في هذه الحال ولا ينفسخ النكاح ثم ننظر فان لم يسلم البواقي لزمه نكاحها وان أسلمن فاختار منهن واحدة انفسخ نكاح البواقي والأولى معهن وان اختار الأولى التي فسخ نكاحها صح اختياره لها لان فسخه انكاحها لم يصح وفيه وجه آخر ذكره القاضي أنه لا يصح اختياره لها لان فسخه إنما لم يصح مع إقامة البواقي على الكفر حتى تنقضي العدة لاننا نتبين أن نكاحها كان لازما فاذا أسلمن لحق اسلامهن بتلك الحال وصار كأنهن أسلمن في ذلك الوقت فاذا فسخ نكاح احداهن صح الفسخ ولم يكن له أن يختارها وهذا يبطل بما لو فسخ نكاح احداهن قبل اسلامها فانه لا يصح ولا يجعل إسلامهن الموجود في الثاني كالموجود سابقا كذلك ههنا

(فصل) فان أسلم وتحته اماء وحرة ففيه ثلاث مسائل (إحداهن) أسلم وأسلمن معه كلهن فانه يلزم نكاح الحرة وينفسخ نكاح الاماء لانه قادر على الحرة فلا يختار أمة وقال أبو ثور له أن يختار وقد مضى الكلام معه (الثانية) أسلمت الحرة معه دون الاماء فقد ثبت نكاحها وانقطعت عصمة الاماء

من الاسود لانهما ابن أخيها وابن أختها وقد روى الاسود عن ابراهيم عن عروة عن عائشة أن زوج بريرة كان عبداً فتعارضت روايتاه ، وقال ابن عباس كان زوج بريرة عبداً أسود لبني المغيرة يقال له مغيث رواه البخاري وغيره وقالت صفية بنت أبي عبيد كان زوج بريرة عبداً قال أحمد هذا ابن عباس وعائشة قالا في زوج بريرة انه عبد برواية علماء المدينة وعملهم وإذا روى أهل المدينة حديثا وعملوا به فهو أصح شيء وانما يصح حراً عن الاسود وحده فأما غيره فليس بذاك قال والعقد صحيح فلا يفسخ بالمختلف فيه والحر فيه اختلاف والعبد لا اختلاف فيه ، ويخالف الحر العبد لان العبد ناقص فاذا كانت تحته تضررت ببقائها عنده بخلاف الحر

(مسئلة) (وان كان عبداً فلها الخيار في فسخ النكاح)

أجمع اهل العلم على هذا ذكره ابن المنذر وابن عبد البر وغيرهما والاصل فيه حديث بريرة قالت عائشة كانت بريرة فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم في زوجها وكان عبداً فاختارت نفسها قال عروة ولو كان حراً ما خيرها رواه مالك وابو داود والنسائي ، ولان عليها ضرراً في كونها حرة تحت العبد فكان لها الخيار كما لو تزوج حرة على أنه حر فبان عبداً فان اختارت الفسخ فلها فراقه وان رضيت المقام معه لم يكن لها فراقه بعد ذلك لانها اسقطت حقها وهذا مما لا اخلاف فيه بحمد الله

فان لم يسلمن حتى انقضت عدتهن بن باختلاف الدين وابتداء عدتهن من حين أسلم وان أسلمن في عدد هن ابن من حين اسلام الحرة وعددهن من حين اسلامها فان ماتت الحرة بعد اسلامها لم يتغير الحكم بموتها لان موتها بعد ثبوت نكاحها وانفساخ نكاح الاماء لا يؤثر في إباحتهن (الثالثة) أسلم الاماء دون الحرة وهو معسر فلا يخلو إما أن تنقضي عدتها قبل اسلامها فتبين باختلاف الدين وله أن يختار من الاماء لأنه لم يقدر على الحرة أو يسلم في عدتها فيثبت نكاحها ويبطل نكاح الاماء كما لو أسلمن دفعة واحدة وليس له أن يختار من الاماء قبل اسلامها وقضاء عدتها لاننا لا نعلم أنها لا تسلم فان طلق الحرة ثلاثا قبل اسلامها ثم لم تسلم لم يقع الطلاق لأنا تبينا أن النكاح انفسخ باختلاف الدين وله الاختيار من الاماء وان أسلمت في عدتها بان أن نكاحها كان ثابتا وان الطلاق وقع فيه والامام ابن بثبوت نكاحها قبل الطلاق .

(فصل) وان أسلم وتحته إماء وحرة فأسلمن ثم عتقن قبل اسلامها لم يكن له أن يختار منهن لان نكاح الامة لايجوز لقادر على حرة وانما يعتبر حالهن حال ثبوت الاختيار وهو حالة اجتماع اسلامه واسلامهن ثم تنظر فان لم تسلم الحرة فله الاختيار منهن فلا يختار الا واحدة اعتبارا لحالة اجتماع اسلامه واسلامهن وان أسلمت في عدتها ثبت نكاحها وانقطعت عصمتهن فان كان قد اختار واحدة من المعتقات في عدة الحرة ثم لم تسلم فلا عبرة باختياره وله أن يختار غيرها لان الاختيار لا يكون موقوفا فأما إن

﴿ مسئلة ﴾ (وطا الفسخ بنفسها من غير حاكم) لانه فسخ مجمع عليه غير مجتهد فيه فلا يفتقر إلى حكم حاكم كالرد بالعيب في المبيع بخلاف خيار العيب في النكاح فانه مجتهد فيه فافتقر الى حكم الحاكم كالفسخ للاعسار وروى الحسن عن عمرو بن أمية قال سمعت رجالا يتحدثون عن النبي ﷺ انه قال «اذا أعتقت الامة فهي بالخيار ما لم يطأها إن شاءت فارقت فان وطئها فلا خيار لها» رواه الامام أحمد في المسند

(فصل) فان اختارت الفراق كان فسخا ليس بطلاق وبهذا قال أبو حنيفة والثوري والحسن بن صالح والشافعي وذهب مالك والاوزاعي والليث الى انه طلاق بائن ، قال مالك إلا أن تطلق نفسها ثلاثا فتطلق ثلاثا ، واحتج له بقصة زبراء حين طلقت نفسها ثلاثا فلم يبلغنا ان أحداً من الصحابة أنكر ذلك ولانها تملك الفراق فملكت الطلاق كالرجل

ولنا قول النبي ﷺ « الطلاق لمن أخذ بالساق » ولانها فرقة من قبل الزوجة فكانت فسخا كما لو اختلف دينهما أو أرضعت من ينفسخ نكاحه برضاعها ، وفعل زبراء ليس بحجة ولم يثبت انتشاره في الصحابة ، فعلى هذا لو قالت اخترت نفسي أو فسخت النكاح انفسخ ولو قالت طلقت نفسي ونوت المفارقة كان كناية عن الفسخ لانه يؤدي معناه فصلح كناية عنه كالكناية بالفسخ عن الطلاق

﴿ مسئلة ﴾ (فان أعتق قبل فسخها أو أمكنته من وطئها بطل خيارها)

أما اذا أعتق الزوج قبل خيارها سقط لان الخيار لدفع الضرر بالرق وقد زال بعتقه فسقط كالمبيع

عتقن قبل أن يسلمن ثم أسلمن واجتمعن معه على الاسلام وهن حرائر فان كان جميع الزوجات أربعا فما دون ثبت نكاحهن وان كن زائدات على أربع فله أن يختار منهن أربعا وتبطل عصمة الخامسة لأنهن صرن حرائر في حالة الاختيار وهي حالة اجتماع اسلامه واسلامهن فصار حكمهن حكم الحرائر الاصليات وكما لو أعتقن قبل إسلامه واسلامهن ولو أسلمن قبله ثم أعتقن ثم أسلم فكذلك ويكون الحكم في هذا كما لو أسلم وتحته خمس حرائر أو أكثر على ما مر تفصيله

(فصل) ولو أسلم وتحته خمس حرائر فأسلم معه منهن اثنتان احتمل أن يجبر على اختيار إحداهما لأنه لا بد أن يلزمه نكاح واحدة منها فلا معنى لانتظار البواقي فاذا اختار واحدة ولم يسلم البواقي لزمه نكاح الثانية وكذلك ان لم يسلم من البواقي إلا اثنتان لزمه نكاح الاربع وان أسلم الجميع في العدة كان أن يختار ثلاثا مع التي اختارها أولا وينفسخ نكاح الباقية، وعلى هذا لو أسلم معه ثلاث كان اختيار اثنتين وان أسلم معه أربع كان اختيار ثلاث منهن إذ لا معنى لانتظاره الخامسة ونكاح ثلاث منهن لازم له على كل حال. ويحتمل أن لا يجبر على الاختيار لأنه انما يكون عند زيادة العدد على أربع وما وجد ذلك. وكذلك لو أسلمت معه واحدة من الاماء لم يجبر على اختيارها كذا ههنا والصحيح ههنا أن يجبر على اختيارها لما ذكرنا من المعنى وأما الامة فقد يكون له غرض في اختيار غيرها بخلاف مسئلتنا

اذا زال عيبه وهذا أحد قولي الشافعي، وإن وطئها بطل خيارها علمت بالخيار أو لم تعلم نص عليه أحمد واختاره الخرقي وروى ذلك عن عبد الله بن عمر وأخته حفصة ونافع والزهري وقتادة وحكاه بعض أهل العلم عن فقهاء الشيعة وذكر القاضي ان لها الخيار اذا لم تعلم فان أصابها بعد علمها فلا خيار لها وهذا قول عطاء والحكم وحماد والثوري والاوزاعي والشافعي وإسحاق لأنها اذا أمكنت من وطئها قبل علمها لم يوجد منها مايدل على الرضى فهو كما لو لم نصب، ووجه الاول ماتقدم من حديث عمرو بن أمية، وروى مالك عن ابن شهاب عن عروة ان مولاة لبني عدي يقال لها زبراء أخبرته أنها كانت تحت عبد فعتقت قالت فأرسلت الي حفصة فدعتني فقالت إن أمرك بيدك مالم يمسك زوجك وإن مسك فليس لك من الامر شيء. فقلت هو الطلاق ثم الطلاق فقارقته ثلاثا، وروى مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن لها الخيار مالم يمسها، ولأنه خيار عيب فيسقط بالتصرف فيه مع الجهالة كخيار الرد بالعيب ولا تفريع على هذا القول. فأما على القول الآخر فاذا وطئها وادعت الجهالة بالعتق وهي ممن يجوز خفاء ذلك عليها مثل أن يعتقها سيدها في بلد آخر فالقول قولها مع يمينها لان الاصل عدم ذلك وإن كانت ممن لا يخفى عليها لكونهما في بلد واحد واشتهر ذلك لم يقبل قولها لانه خلاف الظاهر وإن علمت العتق وادعت الجهالة بثبوت الخيار فالقول قولها لان ذلك لا يعلمه إلا خواص الناس فالظاهر صدقها وللشافعي في قبول قولها قولان.

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا تزوجها وهما كتابيان فأسلم قبل الدخول أو بعده فهي زوجته وان كانت هي المسلمة قبله وقبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر لها)

وجملة ذلك انه اذا أسلم زوج الكتابية قبل الدخول أو بعده أو اسلما معا فالنكاح باق بحاله سواء كان زوجها كتابيا او غير كتابي لان للمسلم أن يبتدىء نكاح كتابية فاستدامته اولى ولا خلاف في هذا بين القائلين باجازة نكاح الكتابية، فأما ان اسلمت الكتابية قبله وقبل الدخول تعجلت الفرقة سواء كان زوجها كتابيا او غير كتابي اذ لا يجوز لكافر نكاح مسلمة . قال ابن المنذر اجمع على هذا كل من نحفظ عنه من اهل العلم ، وان كان اسلامها بعد الدخول فالحكم فيه كالحكم فيما او أسلم أحد الزوجين الوثنيين على ما تقدم فاذا كانت هي المسلمة قبل الدخول فلا مهر لها لان الفسخ منها وقد مضى الكلام في هذا ايضا بما فيه كفاية

(فصل) واذا تزوج المجوسي كتابية ثم ترافعا الينا قبل الاسلام فرق بينهما . قال احمد في مجوسي تزوج كتابية يحال بينه وبينها قيل من يحول بينه وبين ذلك؟ قال الامام ويحتمل هذا الكلام أن يحال بينهما وان لم يترافعا الينا لأنها أعلى دينا منه فيمنع نكاحها كما يمنع الذمي نكاح المسلمة. وان تزوج الذمي وثنية او مجوسية ثم ترافعوا الينا ففيه وجهان [أحدهما] يقر على نكاحها لأنها ليست أعلى دينا منه فيقر على

﴿ مسئلة ﴾ (وخيار المعتقة على التراخي مالم يوجد منها مايدل على الرضى ولا يمنع الزوج وطأها)

وممن قال انه على التراخي مالك والاوزاعي وروي ذلك عن عبد الله بن عمر وأخته حفصة وبه قال سليمان بن يسار ونافع والزهري وقتادة وقال أبو حنيفة وسائر العراقيين لها الخيار في مجلس العلم وللشافعي ثلاثة أقوال أظهرها كقولنا والثاني انه على الفور كخيار الشفعة، والثالث أنه إلى ثلاثة أيام .

ولنا ماروى الامام احمد باسناده عن الحسن بن عمرو بن أمية قال سمعت رجالا يحدثون عن رسول الله ﷺ أنه قال « إذا أعتقت الأمة فهي بالخيار مالم يطأها إن شاءت فارقته وان وطئها فلا خيار لها » ورواه الاثرم أيضا . وروى أبوداود أن بريرة عتقت وهي عند مغيث عبد لآل بني أحمد فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم وقال لها « ان قربك فلا خيار لك » ولانه قول من سمينا من الصحابة قال ابن عبد البر لا أعلم لابن عمر وحفصة مخالفا من الصحابة ولان الحاجة داعية الى ذلك فثبت الخيار كخيار القصاص أو خيار لدفع ضرر متحقق فأشبه ما قلنا

﴿ مسئلة ﴾ (فان كانت صغيرة أو مجنونة فلها الخيار إذا بلغت أو عقلت)

ولا خيار لها في الحال لانه لا عقل لها ولا قول معتبر ولا يملك وليها الاختيار عنها ليس له هذا طريقه الشهوة فلا يدخل تحت الولاية كالاقتصاص فاذا بلغت الصغيرة وعقلت المجنونة فلها الخيار حينئذ لكونهما صارا على صفة لكل منها حكم وهكذا الحكم لو كان عند زوجتيهما عيب يوجب الفسخ

نكاحها كما يقر المسلم على نكاح الكتابية [والثاني] لا يقر على نكاحها لانها ممن لا يقر المسلم على نكاحها فلا يقر الذمي على نكاحها كالمرتدة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وما سمي لها وهما كافران فقبضته ثم أسلما فليس لها غيره وان كان حراما ولو لم تقبضه وهو حرام فلها عليه مهر مثلها أو نصفه حيث أوجب ذلك)

وجملته ان الكفار اذا أسلموا وتحاكموا الينا بعد العقد والقبض لم نتعرض الى ما فعلوه وما قبضت من المهر فقد نفذ وليس لها غيره حلالا كان أو حراما بدليل قوله تعالى [يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا] فأمر بترك ما بقي دون ما قبض وقال تعالى [فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله] ولان التعرض للمقبوض بابطاله يشق لتطاول الزمان وكثرة تصرفاتهم في الحرام ففيه تنفيرهم عن الاسلام فعفي عنه كما عفي عما تركوه من الفرائض والواجبات ، ولأنهما تقابضا بحكم الشرك فبرئت ذمة من هو عليه منه كما لو تبايعا بيعاً فاسدا وتقابضا وان لم يتقابضا فان كان المسمى حلالا وجب ماسمياه لانه مسمى صحيح في نكاح صحيح فوجب كتسمية المسلم وان كان حراما كالخمر والخنزير بطل ولم يحكم به لان ما سمياه لا يجوز ايجابه في الحكم ولا يجوز أن يكون صداقا لمسلمة ولا في نكاح مسلم ويجب مهر المثل ان كان بعد الدخول ، ونصفه ان وقعت الفرقة قبل الدخول وهذا معنى قوله حيث أوجب ذلك وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف

فان كان زوجاها قد وطئاها فظاهر كلام الخرقي أنه لا خيار لها فان مدة الخيار انقضت ، وعلى قول القاضي وأصحابه لها الخيار لانه لا رأي لها فلا يكون تمكينها من الوطء دليلا على الرضى بخلاف الكبيرة العاقلة ولا يمنع زوجاها من وطئها .

﴿ مسئلة ﴾ (وان طلقت قبل اختيارها وقع الطلاق وبطل خيارها)

لانه طلاق من زوج جائز التصرف في نكاح صحيح فيقدم كما لو لم يعتق ، وقال القاضي طلاقه موقوف فان اختارت الفسخ لم يقع لانه يتضمن إبطال حقها من الخيار وان لم تختر وقع ، وللشافعي قولان كهذين الوجهين وبنوا عدم الوقوع على أن الفسخ أسند إلى حالة العتق فيكون الطلاق واقعا في نكاح مفسوخ وكذلك إن طلق الصغيرة أو المجنونة بعد العتق

ولنا أنه طلاق من زوج مكلف مختار في نكاح صحيح فوقع كما لو طلقها قبل عتقها أو كما لو لم تختر والفسخ انما يوجب الفرقة من حينه لانه سببها ولا يجوز تقديم الفرقة عليه اذ الحكم لا يتقدم سببه ولان العدة تبدأ من حين الفسخ لا من حين العتق وما سبقه من الوطء وطء في نكاح صحيح يثبت به الاحصان والاحلال للزوج الأول ، ولو كان الفسخ سابقا لانعكست الحال . قول القاضي انه يبطل حقها من الفسخ غير صحيح فان الطلاق يحصل به مقصود الفسخ مع وجوب نصف المهر وتقصير العدة

وقال أبو حنيفة ان كان صداقها خمراً أو خنزيرا معينين فليس لها الا ذلك وإن كانا غير معينين فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل استحسانا

ولنا أن الخمر لا قيمة لها في الاسلام فكان الواجب مهر المثل كما لو أصدقها خنزيرا ولانه محرم فأشبه ما ذكرنا

(فصل) وإن قبضت بعض الحرام دون بعض سقط من المهر بقدر ما قبض ووجب بحصة ما بقي من مهر المثل ، فان كان الصداق عشرة زقاق خمر متساوية فقبضت خمسا منها سقط نصف المهر ووجب لها نصف مهر المثل وان كانت مختلفة اعتبر ذلك بالكيل في أحد الوجهين لانه اذا وجب اعتباره اعتبر بالكيل فيما له مثل يتأتى الكيل فيه

(والثاني) يقسم على عددها لانه لا قيمة لها فاستوى صغيرها وكبيرها ، وإن أصدقها عشرة خنازير ففيه الوجهان (أحدهما) يقسم على عددها لما ذكرنا (والثاني) يعتبر قيمتها كأنها مما يجوز بيعه كما تقوم شجاج الحر كأنه عبد ، وإن أصدقها كلبا وخنزيراً وثلاثة زقاق خمر ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يقسم على قدر قيمتها عندهم (والثاني) يقسم على عدد الاجناس فيجعل لكل جنس ثلث المهر (والثالث) يقسم على العدد كله فلكل واحد سدس المهر فالكلب سدسه ولكل واحد من الخنزيرين والزقاق سدسه ومذهب الشافعي فيه على نحو من هذا

عليها فان ابتداءها من حين طلاقه لا من حين فسخه ثم لو كان مبطلا لحقها لم يقع وان لم تختر الفسخ كما لا يصح تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار سواء فسخ البائع أو لم يفسخ وهذا فيما إذا كان الطلاق بائنا فان كان رجعيا لم يسقط خيارها على ما نذكر فيما بعد ، فعلى قولهم اذا طلقت قبل الدخول ثم اختارت الفسخ سقط مهرها لأنها بانت بالفسخ وان لم تفسخ فلها نصف الصداق لأنها بانت بالطلاق

﴿مسألة﴾ (وان أعتقت الامة الرجعية فلها الخيار)

لان نكاحها باق يمكن فسخه ولها في الفسخ فائدة فانها لا تأمن رجعته اذا لم تفسخ ، فان قيل فتفسخ حينئذ قلنا اذا تحتاج الى عدة أخرى لانها معتدة من الطلاق والفسخ لا ينافيها فهو كما لو طلقها طلقة أخرى وتبني على عدة حرة لانها عتقت في عدتها وهي رجعية

﴿مسألة﴾ (فان اختارت المقام فهل يبطل خيارها ؟ على وجهين)

(أحدهما) لا يبطل وهو قول الشافعي لانها جارية إلى بينونة (والثاني) يبطل اختيارها لانها يصح فيها اختيار الفسخ فصح اختيار المقام كصلب النكاح وهو اختيار شيخنا، وان لم تختر شيئا لم يبطل خيارها لانه على التراخي ولأن سكوتها لا يدل على رضاها لانه يحتمل أنه كان تحريا بها إلى بينونة اكتفاء منها بذلك فان ارتجعها فلها الفسخ حينئذ وان فسخت ثم عاد فتزوجها بقيت معه بطلقة واحدة لان طلاق العبد اثنتان وان تزوجها بعد ان عتق رجعت معه على طلقتين لانه صار حراً فملك ثلاث طلقات كسائر الاحرار .

(فصل) فان نكحها نكاحا فاسداً وهو مالا يقرون عليه اذا أسلموا كنكاح ذوات الرحم المحرم فأسلما قبل الدخول أو ترافعوا الينا فرق بينهما ولا مهر لها ، قال احمد في المجوسية تكون تحت أخيها أو ابيها فيطلقها أو يموت عنها فترفع الى المسلمين بطلب مهرها لامهر لها وذلك لانه نكاح باطل من أصله لايقر عليه في الاسلام وحصل فيه الفرقة قبل الدخول، فأما إن دخل بها فهل يجب لها مهر المثل؟ يخرج على الروايتين في لمسلم اذا وطيء امرأة من محارمه بشبهة

(فصل) اذا تزوج ذمي ذمية على أن لاصداق لها أو سكت عن ذكره فلها المطالبة بفرضه ان كان قبل الدخول وإن كان بعده فلها مهر المثل كما في نكاح المسلمين وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان تزوجها على أن لامهر لها فلا شيء لها وان سكت عن ذكره ففيه روايتان (احداها) لامهر لها والاخرى لها مهر المثل، واحتج بأن المهر يجب لحق الله وحقها وقد أسقطت حقها والذمي لايطالب بحق الله تعالى . ولنا أن هذا نكاح خلا عن تسمية فيجب للمرأة فيه مهر المثل كالمسلمة وأما وجب المهر في حق المفوضة لئلا تصير كالموهوبة والمباحة وهذا يوجد في حق الذمي

(فصل) اذا ارتفعوا الى الحاكم في ابتداء العقد لم يزوجهم إلا بشروط نكاح المسلمين لقول الله عز وجل (وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط) وقوله (وأن احكم بينهم بما أنزل الله) ولانه لاحاجة

﴿ مسألة ﴾ (ومتى اختارت المعتقة الفسخ بعد الدخول فالمهر للسيد)

وجملة ذلك أن المعتقة متى اختارت المقام مع زوجها قبل الدخول أو بعده فالمهر للسيد وكذلك إن اختارت الفسخ بعد الدخول لانه وجب بالعقد وإن اختارت المقام ولم يوجد له مسقط فان فسخت بعد الدخول فقد استقر المهر بالدخول فلم يسقط بشيء وهو للسيد في الحالين لانه وجب بالعقد في ملكه والواجب المسمى في الحالين سواء كان الدخول قبل العتق أو بعده وقال أصحاب الشافعي إن كان الدخول قبل العتق فكذلك وان كان بعده فالواجب مهر المثل

ولنا أنه عقد صحيح فيه مسمى صحيح اتصل به الدخول قبل الفسخ وأوجب المسمى كما لو لم يفسخ ولانه لو وجب بالوطء بعد الفسخ لكان المهر لها لأنها حرة حينئذ ، قولهم إن الوطء في نكاح فاسد غير صحيح لانه كان صحيحاً ولم يوجد ما يفسده ويثبت فيه أحكام الوطء في النكاح الصحيح من الاحلال للزوج الاول وكونه حلالا .

﴿ مسألة ﴾ (وان اختارت الفسخ قبل الدخول فلا مهر لها)

نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي وعن أحمد أن للسيد نصف المهر اختاره أبو بكر لانه وجب للسيد فلا يسقط بفعل غيره .

الى عقده بخلاف ذلك ، وإن أسلموا وترافعوا الينا بعد العقد لم نتعرض لكيفية عقدهم ونظرنا في الحال فان كانت المرأة ممن يجوز عقد النكاح عليها ابتداء أقرها ، وإن كانت ممن لايجوز ابتداء نكاحها كذوات محرمه فرق بينهما فان تزوج معتدة وأسلما أو ترافعا في عدتها فرق بينهما لانه لايجوز ابتداء نكاحها وإن كان بعد انقضائها أقرا لجواز ابتداء نكاحها وإن كان بينهما نكاح متعة لم يقرا عليه لانه ان كان بعد المدة فلم يبق بينهما نكاح فان كان في المدة فهما لا يعتقدان تأبيده والنكاح عقد مؤبد الا أن يكونا ممن يعتقدان فساد الشرط وصحة النكاح مؤبداً فيقران عليه ، وإن كان بينهما نكاح شرط فيه الخيار متى شاء أو شاء أحدهما لم يقرا عليه لانهما لايعتقدان لزومه إلا أن يعتقدا فساد الشرط وحده وإن كان خيار مدة فأسلما فيها لم يقرا لذلك وإن كان بعدها أقرا لانهما يعتقدان لزومه وكلما اعتقدوه فهو نكاح يقرون عليه وما لا فلا ، فلو مهر حربي حربية فوطئها أو طاوعته ثم أسلما فان كان ذلك في اعتقادهم نكاحا أقرا عليه لانه نكاح لهم فيمن يجوز ابتداء نكاحها فأقرا عليه كالنكاح بلا ولي وإن لم يعتقدا نكاحا لم يقرا عليه

(فصل) وأنكحة الكفار تتعلق بها أحكام النكاح الصحيح من وقوع الطلاق والظهار والايلاء ووجوب المهر والقسم والاباحة للزوج الاول والاحصان وغير ذلك وممن أجاز طلاق الكفار عطاء والشعبي والنخعي والزهري وحماد والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ولم يجوزه الحسن وقتادة وربيعة ومالك .

ولنا أن الفرقة جاءت من قبلها فيسقط مهرها كما لو أسلمت أو ارتدت أو أرضعت من يفسخ نكاحها وقوله وجب للسيد قلنا لكن بواسطتها ولهذا سقط نصفه بفسخها وجميعه باسلامها وردتها

(فصل) ولو كانت مفوضة ففرض مهر المثل فهو للسيد أيضاً لانه وجب بالعقد في ملكه لا بالفرض ولذلك لو مات أحدهما وجب والموت لا يوجب فدل على أنه وجب بالعقد وان كان الفسخ قبل الدخول والفرض فلا شيء إلا على الرواية الاخرى ينبغي أن تجب المتعة لانها تجب بالفرقة قبل الدخول في موضع لو كان مسمى وجب نصفه

(مسئلة) (وان أعتق أحد الشريكين وهو معسر فلا خيار لها)

وقال أبو بكر لها الخيار لان عتق المعسر لايسري بل يعتق منها ما أعتق وباقيها رقيق فلا تكمل حريتها فلا يثبت لها الخيار حينئذ وهذا قول الشافعي وعن أحمد أن لها الخيار حكاها أبو بكر واختارها لانها أكمل منه فانها ترث وتورث وتحجب بقدر ما فيها من الحرية، ووجه الرواية الاولى أنه لا نص في المعتق بعضها ولا هي في معنى الحرة الكاملة لان الحرة كاملة الاحكام ولان العقد صحيح فلا يفسخ بالمختلف فيه وهذه مختلف فيها وعن أحمد رضي الله عنه اذا عتقت وزوجها حر بهذه العلة فأما ان كان المعتق موسراً سرى إلى باقيها فعتقت كلها وثبت لها الخيار

ولنا أنه طلاق من بالغ عاقل في نكاح صحيح فوقع كطلاق المسلم، فان قيل لا نسلم صحة أنكحتهم قلنا دليل ذلك أن الله تعالى أضاف النساء اليهم فقال (وامرأته حمالة الحطب) وقال (وامرأة فرعون) وحقيقة الاضافة تقتضي زوجية صحيحة، وقال النبي ﷺ «ولدت من نكاح لا من سفاح» واذا ثبت صحتها ثبتت أحكامها كأنكحة المسلمين، فعلى هذا اذا طلق الكافر ثلاثا ثم تزوجها قبل زوج وأصابها ثم أسلما لم يقرا عليه، وإن طلق امرأته أقل من ثلاث ثم أسلما فهي عنده على ما بقي من طلاقها، وان نكحها كتابي وأصابها حلت لمطلقها ثلاثا سواء كان المطلق مسلما أو كافراً، وان ظاهر الذمي من امرأته ثم أسلما فعليه كفارة الظهار لقوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) وان آلى ثبت حكم الايلاء لقوله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم)

(فصل) ويحرم عليهم في النكاح ما يحرم على المسلمين على ما ذكرنا في الباب قبله الا أنهم يقرون على الانكحة المحرمة بشرطين (أحدهما) أن لا يترافعوا الينا (والثاني) أن يعتقدوا إباحة ذلك في دينهم لان الله تعالى قال (فان جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وان تعرض عنهم فلن يضروك شيئاً) فدل هذا على أنهم يخلون وأحكامهم إذا لم يجيئوا الينا ولان النبي ﷺ أخذ الجزية من مجوس هجر ولم يعترض عليهم في احكامهم ولا في أنكحتهم مع علمه أنهم يستبيحون نكاح محارمهم، وقد روي عن احمد في المجوسي تزوج نصرانية قال: يحال بينه وبينها قيل من يحول بينهما؟ قال الامام قال:

(فصل) ولو زوج أمة قيمتها عشرة بصداق عشرين ثم أعتقها في مرضه بعد الدخول بها ثم مات ولم يملك غيرها وغير مهرها بعد استيفائه عتقت لانها تخرج من الثلث وان لم يكن قبضه عتق في الحال ثلثها وفي الخيار لها وجهان، فكلما اقتضى من مهرها شيئاً عتق منها بقدر ثلثه فاذا استوفى كله عتقت كلها ولها الخيار حينئذ عند من لم يثبت لها الخيار قبل ذلك، فان كان زوجها وطئها قبل استيفاء مهرها بطل خيارها عند من جعل لها الخيار حينئذ لانها أسقطته بتمكينه من وطئها وعلى قول الخرقي لا يبطل لأنها مكنته منه قبل ثبوت الخيار لها فأشبه ما لو مكنته منه قبل عتقها فأما ان عتقت قبل الدخول بها فلا خيار لها على قول الخرقي لان فسخها النكاح يسقط به صداقها فيعجز الثلث عن كمال قيمتها ورق ثلثاها ويسقط خيارها فيفضي إثبات الخيار لها إلى إسقاطه فيسقط وهذا مذهب الشافعي وعند أبي بكر لها الخيار فعلى قول من أوجب لسيدها نصف المهر يعتق ثلثاها اذا استوفى. وعلى قول من أسقط يعتق ثلثها

(فصل) وان أعتق زوج الامة لم يثبت لها خيار لان عدم الكمال في الزوجة لا يؤثر في النكاح ولذلك لا تعتبر الكفاءة الا في الرجل دون المرأة، فلو تزوج امرأة مطلقا فبانت أمة لم يكن له الخيار ولو تزوجت المرأة رجلا مطلقا فبان عبداً فلها الخيار فكذلك في الاستدامة لكن ان أعتق ووجد طول الحرة فهل يبطل نكاحه؟ على وجهين مضى ذكرها

(فصل) إذا أعتقت الامة فقالت لزوجها زدني في مهري ففعل فالزيادة لها دون سيدها سواء كان

ابو بكر لان علينا ضرراً في ذلك يعني بتحريم أولاد النصرانية علينا وهكذا المجوسي على قوله في تزويج النصراني المجوسية والمجوسي على هذا القول أن يحال بينهم وبين نكاح محارمهم فان عمر رضي الله عنه كتب: ان فرقوا بين كل محرم من المجوس، وقال احمد في مجوسي ملك أمة نصرانية يحال بينه وبينها ويجبر على بيعها لان النصارى لهم دين فان ملك نصراني مجوسية فلا بأس أن يطأها، وقال ابو بكر عبد العزيز لا يجوز له وطؤها أيضا لما ذكرناه من الضرر

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو تزوجها وهما مسلمان فارتدت قبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر لها، وان كان هو المرتد قبلها وقبل الدخول فكذلك الا أن عليه نصف المهر)

وجملة ذلك أنه اذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح في قول عامة أهل العلم إلا أنه حكي عن داود انه لا ينفسخ بالردة لان الاصل بقاء النكاح

ولنا قول الله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) وقال تعالى (فلا ترجعوهن إلى الكفار لاهن حل لهم ولا هم يحلون لهن) ولأنه اختلاف دين يمنع الاصابة فأوجب فسخ النكاح كما لو أسلمت تحت كافر، ثم ينظر فان كانت المرأة هي المرتدة فلا مهر لها لان الفسخ من قبلها، وان كان الرجل هو المرتد فعليه نصف المهر لان الفسخ من جهته فأشبه ما لو طلق، وان كانت التسمية فاسدة فعليه نصف مهر المثل

زوجها حراً أو عبداً وسواء عتق معها أو لم يعتق نص عليه أحمد فيما إذا زوج عبده أو أمته ثم اعتقا جميعاً فقالت الامة زدني في مهري فالزيادة للامة لا للسيد فقيل أرأيت ان كان الزوج لغير السيد لمن تكون الزيادة ؟ قال للامة وعلى قياس هذا لو زوجها سيدها ثم باعها فزادها زوجها في مهرها فالزيادة للثاني، وقال القاضي الزيادة لسيد المعتق في الموضعين على قياس المذهب لان من أصلنا أن الزيادة في الصداق تلحق بالعقد الاول فيكون كالمذكور فيه، قال شيخنا: والذي قلنا أصح لان الملك في الزيادة حال وجودها بعد زوال ملك سيدها عنها فيكون لها كسبها والموهوب لها، وقولنا ان الزيادة تلحق بالعقد معناه أنها تلزم ويثبت الملك فيها ويصير الجميع صداقاً وليس معناه أنا تبينا ان الملك كان ثابتاً فيها وكان لسيدها فان هذا محال لان سبب ملك هذه الزيادة وجد بعد العتق فلا يجوز أن يتقدم الملك عليه لانه يؤدي الى تقدم الحكم قبل سببه ولو كان الملك ثابتاً للمعتق فيه حين التزويج لزمته زكاته وكان له نماؤه وهذا أظهر من ان نطيل فيه.

﴿ مسئلة ﴾ (وان عتق الزوجان معاً فلا خيار لها وعنه ينفسخ نكاحهما)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك فالمشهور عنه أنه لا خيار لها والنكاح بحاله سواء أعتقهما واحد أو اثنان نص عليه أحمد وعنه لها الخيار لانها كملت بالحرية تحت من لم يسبق له حرية

﴿ مسألة ﴾ قال (وان كانت ردتها بعد الدخول فلا نفقة لها، وان لم تسلم حتى انقضت عدتها انفسخ نكاحها ولو كان هو المرتد فلم يعد الى الاسلام حتى انقضت عدتها انفسخ النكاح منذ اختلف الدينان)

اختلفت الرواية عن احمد فيما إذا ارتد أحد الزوجين بعد الدخول حسب اختلافها فيما إذا أسلم أحد الزوجين الكافرين ففي احداهما تتعجل الفرقة وهو قول أبي حنيفة ومالك، وروي ذلك عن الحسن وعمر بن عبد العزيز والثوري وزفر وأبي ثور وابن المنذر لأن ماأوجب فسخ النكاح استوى فيه ماقبل الدخول وبعده كالرضاع (والثانية) يقف على انقضاء العدة فان أسلم المرتد قبل انقضائها فهما على النكاح، وان لم يسلم حتى انقضت بانت منذ اختلف الدينان وهذا مذهب الشافعي لأنه لفظ تقع به الفرقة فاذا وجد بعد الدخول جاز أن يقف على انقضاء العدة كالطلاق الرجعي أو اختلاف دين بعد الاصابة فلا يوجب فسخه في الحال كاسلام الحربية تحت الحربي، وقياسه على اسلام أحد الزوجين أقرب من قياسه على الرضاع، فأما النفقة فان قلنا بتعجيل الفرقة فلا نفقة لها لانها بائن منه وإن قلنا يقف على انقضاء العدة وكانت المرأة المرتدة فلا نفقة لها لأنه لاسبيل للزوج إلى رجعتها وتلافي نكاحها فلم يكن لها نفقة كما بعد العدة وان كان هو المرتد فعليه النفقة للعدة لانه بسبيل من الاستمتاع بها بأن تسلم ويمكنه تلافي نكاحها فكانت النفقة واجبة عليه كزوج الرجعية

فلكت الفسخ كما لو عتقت قبله، والاول أولى لان حرية العبد لو طرأت بعد عتقها منع فاذا قارنت كان أولى أن يمنع كاسلام الزوجين، وعنه رواية ثالثة ان أعتقا انفسخ نكاحهما لان العتق معنى يزيل الملك عنهما لاالى مالك فجاز ان تقع به الفرقة كالموت ولأنه لايمتنع أن لاتحصل الفرقة بوجوده من أحدهما أو تحصل بوجوده منهما كاللعان والاقالة في البيع. قال شيخنا: معناه والله أعلم أنه إذا وهب لعبده سرية وأذن له في التسري بها ثم أعتقهما جميعاً صارا حرين وخرجت عن ملكه فلم يكن له اصابتها الا بنكاح جديد هكذا روى جماعة من اصحابه فيمن وهب عبده سرية أواشترى له سرية ثم اعتقها لايقربها الا بنكاح جديد، واحتج احمد بما روي عن نافع عن ابن عمر ان عبدالله كان له سريتان فاعتقها وأعتقه فنهاه أن يقربهما إلا بنكاح جديد ولانها باعتاقها خرجت عن أن تكون مملوكة فلم يبح له التسري بها كالحرة الاصلية، وأما اذا كانت امرأة فعتقا لم ينفسخ نكاحه بذلك لانه إذا لم ينفسخ باعتاقها وحدها فلأن لا ينفسخ باعتاقهما معاً أولى ويحتمل ان أحمد انما أراد بقوله أنفسخ نكاحهما أن لها فسخ النكاح ويخرج هذا على الرواية التي تقول لها الفسخ إذا كان زوجها حراً فعتقت عنه

(فصل) ويستحب لمن له عبد وأمة متزوجان فاراد عتقهما البداية بالرجل لئلا يثبت للمرأة خيار عليه فيفسخ نكاحه، وقد روى أبو داود والاثرم باسنادهما عن عائشة أنه كان لها غلام وجارية تزوجها فقالت للنبي صلى الله عليه وسلم إني أريد أن اعتقهما؟ فقال لها «ابدئي بالرجل قبل المرأة»

(فصل) فان ارتد الزوجان معا فحكمهما حكم مالو ارتد أحدهما ان كان قبل الدخول تعجلت الفرقة، وان كان بعده فهل تتعجل أو يقف على انقضاء العدة ؟ على روايتين وهذا مذهب الشافعي، قال أحمد في رواية ابن منصور إذا ارتدا معا او أحدهما ثم تابا او تاب فهو أحق بها مالم تنقض العدة وقال ابوحنيفة لاينفسخ النكاح استحسانا لانه لم يختلف بهما الدين فأشبه مالو أسلما

ولنا أنها ردة طارئة على النكاح فوجب أن يتعلق بها فسخه كما لو ارتد أحدهما ولان كل ما زال عنه ملك المرتد إذا ارتد وحده زال إذا ارتد غيره معه كماله، وماذكروه يبطل بما إذا انتقل المسلم واليهودية إلى دين النصرانية فان نكاحهما ينفسخ وقد انتقلا إلى دين واحد وأما إذا أسلما فقد انتقلا إلى دين الحق ويقران عليه بخلاف الردة

(فصل) وإذا ارتد أحد الزوجين او ارتدا معا منع وطأها فان وطئها في عدتها وقلنا ان الفرقة تعجلت فلها عليه مهر مثلها لهذا الوطء مع الذي يثبت عليه بالنكاح لانه وطيء أجنبية فيكون عليه مهر مثلها، وإن قلنا ان الفرقة موقوفة على انقضاء العدة فان أسلم المرتد منهما اوأسلما جميعا في عدتها وكانت الردة منهما فلا مهر لها عليه بهذا الوطء لانا تبينا أن النكاح لم يزل وانه وطئها وهي زوجته وإن ثبتا او ثبت المرتد منهما على الردة حتى انقضت عدتها فلها عليه مهر المثل لهذا الوطء لانه وطء في غير نكاح يشبه النكاح لانا تبينا أن الفرقة وقعت منذ اختلف الدينان، وهكذا الحكم فيما اذا أسلم

وعن صفية بنت أبي عبيد أنها فعلت ذلك وقالت للرجل اني بدأت بعتقك لئلا يكون لها عليك خيار والله أعلم.

﴿باب حكم العيوب في النكاح﴾

﴿العيوب المثبتة للفسخ ثلاثة اقسام (أحدها) مايختص بالرجال وهو شيئان (أحدهما) أن يكون الرجل مجبوبا قد قطع ذكره ولم يبق منه ما يمكن الجماع به﴾

الكلام في العيوب المثبتة لفسخ النكاح للمرأة والرجل اذا اختار ذلك في اربعة فصول:

(أحدها) أن خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين للعيب يجده في الآخر في الجملة وروي ذلك عن عمر بن الخطاب وابنه وابن عباس رضي الله عنهم، وبه قال جابر بن زيد والشافعي واسحاق وروى عن علي لاترد الحرة بعيب، وبه قال أبوحنيفة وأصحابه إلا أن يكون الرجل مجبوبا أو عنينا فان للمرأة الخيار فان اختارت الفراق فرق الحاكم بينهما بطلقة ولا يكون فسخا لان وجود العيب لا يقتضي فسخ النكاح كالعمى والزمانة وسائر العيوب

ولنا أن المختلف فيه يمنع الوطء فأثبت الخيار كالجب والعنة ولان المرأة أحد العوضين في النكاح فجاز ردها بعيب كالصداق، أو أحد العوضين في عقد النكاح فجاز رده بالعيب أو أحد الزوجين فيثبت

أحد الزوجين بعد الدخول فوطئها في العدة قبل اسلام الآخر . فالحكم فيه مثل الحكم ههنا لما ذكرنا من التعليل فيه

(فصل) واذا أسلم أحد الزوجين ثم ارتد نظرت فان لم يسلم الآخر في العدة تبينا أن وقوع الفرقة كان منذ اختلف الدينان وعدتها من حين أسلم المسلم منهما ، وان أسلم الآخر منهما في العدة قبل ارتداد الاول اعتبر ابتداء العدة من حين ارتد لان حكم اختلاف الدين باسلام الاول زال باسلام الثاني في العدة ولو أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة فأسلمن معه ثم ارتد لم يكن له أن يختار منهن لانه لايجوز أن يبتدىء العقد عليهن في هذه الحال وكذلك لو ارتددن دونه او معه لم يكن له أن يختار منهن لذلك

(فصل) فاذا تزوج الكافر بمن لايقر على نكاحه في الاسلام مثل ان جمع بين الاختين او بين عشر نسوة او نكح معتدة او مرتدة ثم طلقها ثلاثا ثم أسلما لم يكن له أن ينكحها لانا أجرينا أحكامهم على الصحة فيما يعتقدونه في النكاح فكذلك في الطلاق ولهذا جاز له امساك الثانية من الاختين والخامسة المعقود عليها آخراً

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا زوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته فلا نكاح بينهما وان سموا مع ذلك صداقا أيضا)

هذا النكاح يسمى الشغار فقيل انما سمي شغاراً لقبحه تشبيها برفع الكلب رجله ليبول في القبح

له الخيار بالعيب في الآخر كالمرأة ،فاما العمى والزمانة ونحوها فلا يمنع المقصود بعقد النكاح وهو الوطء بخلاف العيوب المختلف فيها، فان قيل فالجذام والجنون والبرص لا يمنع الوطء قلنا بل يمنعه فان ذلك يوجب نفرة تمنع من قربانه بالكلية ويخاف منه التعدي الى نفسه ونسله والمجنون يخاف منه الجناية فصار كالمانع الحسي

(الثاني) العيوب المجوزة للفسخ وهي ثمانية: اثنان يختصان الرجل وهما الجب والعنة وثلاثة تختص المرأة وهي الفتق والقرن والعفل وثلاثة يشترك فيها الزوجان وهي الجذام والجنون والبرص وهكذا ذكرها الخرقي ، وقال القاضي : هي سبعة جعل القرن والعفل شيئاً واحداً وهو الرتق وذلك لحم ينبت في الفرج ، وحكي ذلك أهل الادب وحكي نحوه عن أبي بكر وذكره أصحاب الشافعي وقال الشافعي القرن عظم في الفرج يمنع الوطء وقال عن غيره لايكون في الفرج عظم انما هو لحم ينبت فيه وحكي عن ابي حفص ان العفل كالرغوة في الفرج يمنع لذة الوطء ، وقال أبو الخطاب الرتق أن يكون الفرج مسدوداً يعني ملتصقا لايدخل الذكر فيه والقرن والعفل لحم ينبت في الفرج فيسده فهما في معنى الرتق الا أنهما نوع آخر ، وأما الفتق فهو انخراق مابين السبيلين وقيل انخراق ما بين مخرج البول والمني وذكرها أصحاب الشافعي سبعة أسقطوا منها الفتق ومنهم من جعلها ستة وجعل القرن والعفل شيئاً

يقال شغر الكلب إذا رفع رجله ليبول ، وحكي عن الاصمعي أنه قال : الشغار الرفع فكأن كل واحد منهما رفع رجله للآخر عما يريد ، ولا تختلف الرواية عن احمد في أن نكاح الشغار فاسد رواه عنه جماعة قال احمد وروي عن عمر وزيد بن ثابت أنهما فرقا فيه وهو قول مالك والشافعي ، وحكي عن عطاء وعمرو بن دينار ومكحول والزهري والثوري أنه يصح وتفسد التسمية ويجب مهر المثل لان الفساد من قبل المهر لا يوجب فساد العقد كما لو تزوج على خمر او خنزير وهذا كذلك

ولنا ماروى ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار متفق عليه وروى ابو هريرة مثله أخرجه مسلم ، وروى الاثرم باسناده عن عمران بن حصين أن رسول الله ﷺ قال « لاجلب ولا جنب ولا شغار في الاسلام » ولأنه جعل كل واحد من العقدين سلفا في الآخر فلم يصح كما لو قال بعني ثوبك على أن أبيعك ثوبي ، وقولهم ان فساده من قبل التسمية قلنا لا بل إفساده من جهة أنه وقفه على شرط فاسد أو لانه شرط تمليك البضع لغير الزوج فانه جعل تزويجه إياها مهراً للاخرى فكان ملكه إياه بشرط انتزاعه منه ، إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يقول على أن صداق كل واحدة منهما بضع الاخرى أو لم يقل ذلك ، وقال الشافعي هو أن يقول ذلك ولا يسمي لكل واحدة صداقا لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن الشغار والشغار أن يقول الرجل للرجل زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك ويكون بضع كل واحدة منهما مهر الاخرى

واحداً وانما اختص الفسخ بهذه العيوب لانها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح فان الجذام والبرص يثيران نفرة في النفس تمنع قربانه ويخشى تعديه إلى النفس والنسل فيمنع الاستمتاع ، والجنون يثير نفرة ويخشى ضرره والجب والرتق يتعذر معهما الوطء والفتق يمنع لذة الوطء وفائدته وكذلك العفل على قول من فسره بالرغوة

(فصل) فان اختلفا في وجود العيب كأن بجسده بياض يمكن أن يكون بهقاً أو برصاً واختلفا في كونه برصاً أو كانت به علامات الجذام من ذهاب شعر الحاجبين فاختلفا في كونه جذاما فان كانت للمدعي بينة من اهل الخبرة والثقة فيشهدان بما قال ثبت قوله والاحلف المنكر والقول قوله لقول النبي ﷺ « ولكن اليمين على المدعى عليه » وان اختلفا في عيوب النساء أريت النساء الثقات ويقبل فيه قول امرأة واحدة فان شهدت بما قال الزوج والا فالقول قول المرأة ، وأما الجنون فانه يثبت الخيار سواء كان مطبقاً أو كان يجن في الاحيان لان النفس لا تسكن الى من هذه حاله الا أن يكون مريضاً يغمى عليه ثم يزول فذلك مرض لا يثبت به خيار فان زال المرض ودام الاغماء فهو كالجنون يثبت به الخيار .

﴿مسئلة﴾ (فان اختلفا في امكان الجماع بما بقي من ذكره فالقول قول المرأة)

لانه يضعف بالقطع والاصل عدم الوطء ويحتمل ان القول قوله كما لو ادعى الوطء في

ولنا ما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته وليس بينهما صداق . هذا لفظ الحديث الصحيح المتفق عليه ، وفي حديث أبي هريرة والشغار أن يقول الرجل للرجل زوجني ابنتك وأزوجك ابنتي أو زوجني أختك وأزوجك أختي رواه مسلم وهذا يجب تقديمه لصحته وعلى انه قد أمكن الجمع بينهما بأن يعمل بالجميع ويفسد النكاح بأي ذلك كان . ولأنه إذا شرط في نكاح إحداهما تزويج الاخرى فقد جعل بضع كل واحدة صداق الاخرى ففسد كما لو لفظ به ، فأما إن سموا مع ذلك صداقا فقال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ومهر كل واحدة منهما مائة أو مهر ابنتي مائة ومهر ابنتك خمسون أو أقل أو أكثر فالمنصوص عن أحمد فيما وقفنا عليه صحته وهو قول الشافعي لما تقدم من حديث ابن عمر ، ولأنه قد سمى صداقا فصح كما لو لم يشرط ذلك وقال الخرقي لا يصح لحديث أبي هريرة ولما روى أبو داود عن الاعرج أن العباس بن عبيد الله بن العباس أنكح عبدالرحمن بن الحكم ابنته وأنكحه عبدالرحمن ابنته وكانا جعلا صداقا فكتب معاوية إلى مروان فأمره أن يفرق بينهما وقال في كتابه هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله ﷺ ولانه شرط نكاح إحداهما لنكاح الاخرى فلم يصح كما لو لم يسميا صداقا يحققه ان عدم التسمية ليس بمفسد للعقد بدليل نكاح المفوضة فدل على أن المفسد هو الشرط وقد وجد ولانه سلف في عقد فلم يصح كما لو قال بعتك ثوبي بعشرة على أن تبيعني ثوبك بعشرين ، وهذا الاختلاف فيما إذا لم يصرح بالتشريك

العنة ولان له ما يمكن الجماع بمثله فأشبه من له ذكر قصير (الثاني) أن يكون عنينا العنين هو العاجز عن ايلاج ذكره وهو مأخوذ من عن أي اعترض لان ذكره يعن إذا أراد ايلاجه أي يعترض قيل لانه يعن لقبل المرأة عن يمينه وشماله فلا يقصده فاذا كان الرجل كذلك فهو عيب به وتستحق به المرأة فسخ النكاح بعد ان يضرب له مدة يختبر فيها ويعلم حاله بها ، وهذا قول عمر وعثمان وابن مسعود والمغيرة بن شعبة رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وعمرو بن دينار والنخعي وقتادة وحماد بن أبي سليمان وعليه فتوى فقهاء الامصار منهم مالك وأبو حنيفة وأصحابه والثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو عبيد وشذ الحكم وداود فقالا لا يؤجل وهي امرأته وروي ذلك عن علي رضي الله عنه لان امرأة أتت النبي ﷺ فقالت يا رسول الله : ان رفاعة طلقني فبت طلاقي فتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير وانما ماله مثل هدبة الثوب فقال « تريدين أن ترجعي الى رفاعة ؟ لا حتى تذوقي عسيلته » ويذوق عسيلتك ولم يضرب له مدة

ولنا ما روي أن عمر رضي الله عنه اجل العنين سنة وروى ذلك الدار قطني عن عمر وابن مسعود والمغيرة بن شعبة ولا مخالف لهم ورواه أبو حفص عن علي ولانه عيب يمنع الوطء فأثبت الخيار كالجب في الرجل والرتق في المرأة فأما الخبر فلا حجة لهم فيه فان المدة انما تضرب له مع اعترافه

فأما إذا قال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ومهر كل واحدة منهما مائة وبضع الاخرى فالنكاح فاسد لأنه صرح بالتشريك فلم يصح العقد كما لو لم يذكر مسمى

(فصل) ومتى قلنا بصحة العقد إذا سميا صداقا ففيه وجهان [أحدهما] تفسد التسمية ويجب مهر المثل وهذا قول الشافعي لان كل واحد منهما لم يرض بالمسمى إلا بشرط أن يزوج وليه صاحبه فينقص المهر لهذا الشرط وهو باطل فاذا احتجنا الى ضمان النقص صار المسمى مجهولا فبطل ، والوجه الذي ذكره القاضي في الجامع انه يجب المسمى لانه ذكر قدراً معلوما يصح أن يكون مهراً فصح كما لو قال زوجتك ابنتي على الف على أن لي منها مائة والله أعلم

(فصل) وان سمى لاحداهما مهراً دون الاخرى فقال أبو بكر يفسد النكاح فيهما لأنه فسد في إحداهما ففسد في الاخرى والاولى أنه يفسد في التي لم يسم لها صداقا لان نكاحها خلا من صداق سوى نكاح الاخرى ويكون في التي سمى لها صداقا روايتان لان فيه تسمية وشرطا فأشبه مالو سمى لكل واحدة منهما مهراً ذكره القاضي هكذا

(فصل) فان قال زوجتك جاريتي هذه على أن تزوجني ابنتك وتكون رقبتها صداقا لابنتك لم يصح تزويج الجارية في قياس المذهب لأنه لم يجعل لها صداقا سوى تزويج ابنته ، وإذا زوجه ابنته على أن يجعل رقبة الجارية صداقا لها صح لان الجارية تصلح أن تكون صداقا ، وان زوج عبده

وطلب المرأة ذلك ولم يوجد واحد منها وقد روي أن الرجل أنكر ذلك وقال اني لاعركها عرك الاديم وقال بن عبد البر وقد صح ان ذلك كان بعد طلاقه فلا معنى لضرب المدة وصح ذلك في قول النبي ﷺ « تريدين أن ترجعي الى رفاعة » ولو كان قبل طلاقه لما كان ذلك اليها وقيل انها ذكرت ضعفه وشبهته بهدبة الثوب مبالغة ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم « حتى تذوقي عسيلته » والعاجز عن الوطء لا يحصل منه ذلك

﴿مسئلة﴾ (فان ادعت ذلك أجل سنة منذ ترافعه)

وجملة ذلك أن المرأة إذا ادعت عجز زوجها عن وطئها لعنة سئل عن ذلك فان أنكر وهي عذراء فالقول قولها وان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه في ظاهر المذهب لان الاصل السلامة ولان هذا أمر لا يعرف الا من جهته وقال القاضي هل يستحلف ؟ على وجهين بناء على دعوى الطلاق

﴿ مسئلة ﴾ (فان اعترف بذلك أو قامت بينة على اقراره به فانكر فطالبت يمينه فنكل ثبت عجزه) ويؤجل سنة في قول عامة أهل العلم وعن الحارث بن ربيعة أنه أجل رجلا عشرة أشهر

ولنا قول من سمينا من الصحابة ولان هذا العجز قد يكون لعنة وقد يكون لمرض فضرب له سنة لتمر به الفصول الاربعة فان كان من يبس زال في فصل الرطوبة وان كان من رطوبة زال في فصل

امرأة وجعل رقبته صداقا لها لم يصح الصداق لان ملك المرأة زوجها يمنع صحة النكاح فيفسد الصداق ويصح النكاح ويجب مهر المثل

﴿ مسألة ﴾ قال رحمه الله تعالى (ولا يجوز نكاح المتعة)

معنى نكاح المتعة أن يتزوج المرأة مدة مثل أن يقول زوجتك ابنتي شهراً أو سنة أو الى انقضاء الموسم أو قدوم الحاج وشبهه سواء كانت المدة معلومة أو مجهولة فهذا نكاح باطل نص عليه أحمد فقال نكاح المتعة حرام . وقال أبو بكر فيها رواية أخرى أنها مكروهة غير حرام لان ابن منصور سأل أحمد عنها فقال يجتنبها أحب إلي ، قال فظاهر هذا الكراهة دون التحريم ، وغير أبي بكر من أصحابنا يمنع هذا ويقول في المسألة رواية واحدة في تحريمها وهذا قول عامة الصحابة والفقهاء ، وممن روي عنه تحريمها عمر وعلي وابن عمر وابن مسعود وابن الزبير ، قال ابن عبد البر وعلى تحريم المتعة مالك وأهل المدينة وأبو حنيفة في أهل الكوفة والاوزاعي في أهل الشام والليث في أهل مصر والشافعي وسائر أصحاب الآثار وقال زفر يصح النكاح ويبطل الشرط

وحكي عن ابن عباس أنها جائزة وعليه أكثر أصحابه عطاء وطاوس وبه قال ابن جريج وحكي ذلك عن أبي سعيد الخدري وجابر واليه ذهب الشيعة لانه قد ثبت أن النبي ﷺ أذن فيها ، وروي

اليبس وان كان من برودة زال في فصل الحرارة وان كان من انحراف مزاج زال في فصل الاعتدال فاذا مضت الفصول الاربعة واختلفت عليه الاهوية فلم يزل علم أنه خلقة وحكي عن أبي عبيد أنه قال أهل الطب يقولون الداء لا يستجن في البدن أكثر من سنة ثم يظهر وابتداء السنة من يوم ترافعه قال ابن عبد البر على هذا جماعة القائلين بتأجيله قال معمر في حديث عمر يؤجل سنة من يوم ترافعه فاذا انقضت المدة فلم يطأ فلها الخيار في فسخ النكاح

﴿مسألة﴾ (وان اعترفت أنه وطئها مرة بطل كونه عنينا)

أكثر أهل العلم على هذا يقولون متى وطيء امرأته مرة ثم ادعت عجزه لم تسمع دعواها ولم تضرب له مدة منهم عطاء وطاوس والحسن ويحيى الانصاري والزهري وعمرو بن دينار وقتادة ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي وقال أبو ثور اذا عجز عن عن وطئها أجل له لانه عجز عن وطئها فثبت حقها كما لو وجب بعد الوطء

ولنا أنه قد تحققت قدرته على الوطء في هذا النكاح وزوال عنته فلم تضرب له مدة كما لو لم يكن لان حقوق الزوجية من استقرار المهر والعدة تثبت بوطء واحد وقد وجد ما أوجبه فانه يتحقق به العجز فافترقا

(فصل) وان علمت أن عجزه عن الوطء لعارض من صغر أو مرض مرجو الزوال لم تضرب له مدة لان ذلك عارض يزول والعنة لا تزول لانها جبلة وخلقة وان كان لكبر أو مرض لا يرجى

أن عمر قال : متعتان كانتا على عهد رسول الله ﷺ أنا أنهى عنهما وأعاقب عليهما ؟ متعة النساء ومتعة الحج ولأنه عقد على منفعة فيكون مؤقتا كالاجارة

ولنا ماروى الربيع بن سبرة أنه قال : أشهد على أبي انه حدث أن النبي ﷺ نهى عنه في حجة الوداع . وفي لفظ أن رسول الله ﷺ حرم متعة النساء رواه ابو داود . وفي لفظ رواه ابن ماجه أن رسول الله ﷺ حرم المتعة فقال « يا أيها الناس اني كنت أذنت لكم في الاستمتاع الا وان الله قد حرمها الى يوم القيامة » وروي عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن لحوم الحمر الاهلية . رواه مالك في الموطأ وأخرجه الائمة النسائي وغيره واختلف أهل العلم في الجمع بين هذين الخبرين فقال قوم في حديث علي تقديم وتأخير وتقديره أن النبي ﷺ نهى عن لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر ونهى عن متعة النساء ولم يذكر ميقات النهي عنها وقد بينه الربيع بن سبرة في حديثه انه كان في حجة الوداع حكاه الامام احمد عن قوم وذكره بن عبد البر وقال الشافعي لا أعلم شيئا أحله الله ثم حرمه ثم أحله ثم حرمه الا المتعة فحمل الامر على ظاهره وان النبي ﷺ حرمها يوم خيبر ثم أباحها في حجة الوداع ثلاثة أيام ثم حرمها ولانه لاتتعلق به أحكام النكاح من الطلاق والظهار واللعان والتوارث فكان باطلا كسائر الانكحة الباطلة ، وأما قول ابن عباس فقد حكي عنه الرجوع عنه . وروى ابو بكر باسناده عن سعيد بن جبير قال : قلت لابن عباس لقد كثرت في المتعة حتى قال فيها الشاعر :

برؤه ضربت له المدة لانه في معنى من خلق كذلك وان كان لجب أو شلل ثبت الخيار في الحال لان الوطء مأيوس منه فلا معنى لانتظاره وان كان قد بقي من الذكر ما يمكن الوطء به أو لا رجع الى أهل الخبرة في ذلك

(فصل) والوطء الذي يخرج به من العنة هو تغييب الحشفة في الفرج لان الاحكام المتعلقة بالوطء تتعلق به فان كان الذكر مقطوع الحشفة كفاه تغييب قدر الحشفة من الباقي في أحد الوجهين ليكون ما يجري من المقطوع مثل ما يجري من الصحيح (والثاني) لا يخرج من العنة الا بتغييب جميع الباقي لانه لاحد ههنا يمكن اعتباره فاعتبر تغييب جميعه لانه المعنى الذي يتحقق به حصول حكم الوطء وللشافعي قولان كهذين .

(مسألة) (وان وطئها في الدبر أو وطيء غيرها لم تزل العنة ويحتمل أن تزول)

لان الدبر ليس محلا للوطء فأشبه الوطء فيما دون الفرج ولذلك لا يتعلق به الاحلال للزوج الاول ولا الاحصان وان وطئها في القبل حائضا أو نفساء أو محرمة أو صائمة خرج عن العنة وذكر القاضي أن قياس المذهب ان لا يخرج عن العنة لنص أحمد على أنه لا تحصل به الاباحة للزوج الاول ولانه وطء محرم أشبه الوطء في الدبر

أقول وقد طال الثواء بنا معا ... ياصاح هل لك في فتيا ابن عباس
هل لك في رخصة الاطراف آنسة ... تكون مثواك حتى مصدر الناس

فقام خطيبا وقال ان المتعة كالميتة والدم ولحم الخنزير فأما اذن رسول الله ﷺ فيها فقد ثبت نسخه وأما حديث عمران ان صح عنه فالظاهر انه انما قصد الاخبار عن تحريم النبي ﷺ لها ونهيه عنها إذ لا يجوز أن ينهى عما كان النبي ﷺ أباحه وبقي على اباحته

(فصل) وان تزوجها بغير شرط الا أن في نيته طلاقها بعد شهر أو اذا انقضت حاجته في هذا البلد فالنكاح صحيح في قول عامة أهل العلم الا الاوزاعي قال هو نكاح متعة والصحيح انه لا بأس به ولا تضر نيته وليس على الرجل أن ينوي حبس امرأته وحسبه ان وافقته والا طلقها

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو تزوجها على أن يطلقها في وقت بعينه لم ينعقد النكاح)

يعني اذا تزوجها بشرط أن يطلقها في وقت معين لم يصح النكاح سواء كان معلوما أو مجهولا مثل أن يشترط عليه طلاقها إن قدم أبوها أو أخوها ، وقال أبو حنيفة يصح النكاح ويبطل الشرط وهو أظهر قولي الشافعي قاله في عامة كتبه لان النكاح وقع مطلقا وانما شرط على نفسه شرطا وذلك لا يؤثر فيه كما لو شرط أن لا يتزوج عليها ولا يسافر بها

ولنا أنه وطيء في محل الوطء فخرج به عن العنة كما لو وطئها وهي مريضة يضرها الوطء ولان العنة العجز عن الوطء فلا يبقى مع وجود الوطء لان العجز ضد القدرة فلا يبقى مع وجود ضده وما ذكره غير صحيح لان تلك الاحكام يجوز أن تبقى مع وجود سببها لمانع أو فوات شرط والعنة في نفسها أمر حقيقي لا يتصور بقاؤه مع انتفائه وأما الوطء في الدبر فليس وطأ في محله بخلاف مسئلتنا وفيه قول أن العنة تزول به اختاره ابن عقيل لانه أصعب فمن قدر عليه فهو على غيره أقدر

(فصل) فان وطيء امرأة لم يخرج به من العنة في حق غيرها واختار ابن عقيل أنه يخرج عن العنة في حق جميع النساء فلا تسمع دعواها عليه منها ولا من غيرها وهذا مقتضى قول أبي بكر وقول من قال إنه يختبر بتزويج امرأة أخرى ويحكى ذلك عن سمرة وعمر بن عبد العزيز قالوا لان العنة خلقة وجبلة لا تتغير بتغير النساء فاذا انتفت في حق امرأة لم تبق في حق غيرها

ولنا أن حكم كل امرأة معتبر بنفسها ولذلك لو ثبتت عنته في حقهن فرضي بعضهن سقط حقها وحدها دون الباقيات ولان الفسخ لدفع الضرر الحاصل بالعجز عن وطئها وهو ثابت في حقها لا يزول بوطء غيرها وقوله كيف يصح العجز عن واحدة دون أخرى ؟ قلنا قد تنهض شهوته في حق احداها لفرط حبه إياها وميله اليها واختصاصها بكمال ولوجه دون الاخرى فعلى هذا لو تزوج امرأة فأصابها ثم أبانها ثم تزوجها فعن أحمد لها المطالبة لانه إذا جاز أن يعن عن امرأة دون أخرى ففي

ولنا أن هذا شرط مانع من بقاء النكاح فأشبه نكاح المتعة ويفارق ماقاسوا عليه فانه لم يشترط قطع النكاح

﴿ مسئلة ﴾ قال (وكذلك ان شرط عليه أن يحلها لزوج كان قبله)

وجملته أن نكاح المحلل حرام باطل في قول عامة أهل العلم منهم الحسن والنخعي وقتادة ومالك والليث والثوري وابن المبارك والشافعي وسواء قال زوجتكها إلى أن تطأها أو شرط أنه اذا أحلها فلا نكاح بينهما أو أنه اذا أحلها للاول طلقها ، وحكي عن أبي حنيفة أنه يصح النكاح ويبطل الشرط ، وقال الشافعي في الصورتين الاولتين لا يصح وفي الثالثة على قولين

ولنا ماروي عن النبي ﷺ أنه قال « لعن الله المحلل والمحلل له » رواه ابو داود وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن صحيح والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ منهم عمر بن الخطاب وعثمان وعبد الله بن عمر وهو قول الفقهاء من التابعين ، وروي ذلك عن علي وابن مسعود وابن عباس ، وقال ابن مسعود المحلل والمحلل له ملعون على لسان محمد ﷺ

وروى ابن ماجه عن عقبة بن عامر أن النبي ﷺ قال « ألا أخبركم بالتيس المستعار ؟ » قالوا بلى يارسول الله ، قال « هو المحلل لعن الله المحلل والمحلل له » وروى الاثرم باسناده عن قبيصة بن

نكاح دون نكاح أولى ومقتضى قول أبي بكر ومن وافقه لا يصح هذا بل متى وطيء امرأة لم تثبت عنته أبداً .

(فصل) وان ادعى أنه وطئها وقالت أنها عذراء فشهدت بذلك امرأة ثقة فالقول قولها والا فالقول قوله . اذا ادعت المرأة عنة زوجها فادعى أنه وطئها وقالت انها عذراء أريت النساء الثقات فان شهدن بعذرتها فالقول قولها ويقبل في بقاء عذرتها شهادة امرأة واحدة كالرضاع ويؤجل الرجل وبهذا قال الثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي لان الوطء يزيل العذرة فوجودها يدل على عدم الوطء فان ادعى أن عذرتها عادت بعد الوطء فالقول قولها لان هذا بعيد جداً وان كان متصوراً وهل تستحلف المرأة؟ يحتمل وجهين (أحدهما) تستحلف لازالة هذا الاحتمال كما يستحلف سائر من قلنا القول قوله والآخر لا يستحلف لان ما يبعد جدا لا التفات اليه كاحتمال كذب البينة العادلة وكذب المقر في اقراره وهل يقبل قول امرأة واحدة ؟ على روايتين (احداهما) تقبل شهادة واحدة كالرضاع (والثاني) لا يقبل فيه الا اثنتان لان ما يقبل فيه شهادة الرجال لا يقبل فيه الا اثنان فالنساء أولى

(فصل) وان لم يشهد لها أحد فالقول قوله لان الاصل السلامة في الرجال وعدم العيوب ودعواه تتضمن سلامة العقد وصحته ويسقط حكم قولها لتبين كذبها فان ادعت ان عذرتها زالت بسبب أحد فالقول قوله لان الاصل عدم الاسباب

جابر قال سمعت عمر وهو يخطب الناس وهو يقول : والله لا أوتى بمحل ولا محل له الا رجمتهما ولانه نكاح الى مدة أو فيه شرط يمنع بقاءه فأشبه نكاح المتعة

(فصل) فان شرط عليه التحليل قبل العقد ولم يذكره في العقد ونواه في العقد أو نوى التحليل من غير شرط فالنكاح باطل أيضا قال اسماعيل بن سعيد سألت أحمد عن الرجل يتزوج المرأة وفي نفسه أن يحلها لزوجها الاول ولم تعلم المرأة بذلك قال هو محلل إذا أراد بذلك الاحلال فهو ملعون وهذا ظاهر قول الصحابة رضي الله عنهم وروى نافع عن ابن عمر أن رجلا قال له امرأة تزوجتها أحلها لزوجها لم يأمرني ولم يعلم قال لا إلا نكاح رغبة إن أعجبتك أمسكها وان كرهتها فارقها قال وان كنا نعده على عهد رسول الله ﷺ سفاحا وقال لا يزالا زانيين وان مكثا عشرين سنة إذا علم أنه يريد أن يحلها وهذا قول عثمان رضي الله عنه وجاء رجل إلى ابن عباس فقال له ان عمي طلق امرأته ثلاثا أيحلها له رجل ؟ قال من يخادع الله يخدعه وهذا قول الحسن والنخعي والشعبي وقتادة وبكر المزني والليث ومالك والثوري واسحاق وقال أبو حنيفة والشافعي العقد صحيح وذكر القاضي في صحته وجها مثل قولهما لانه خلا من شرط يفسده فأشبه مالو نوى طلاقها لغير الاحلال أو مالو نوت المرأة ذلك ولان العقد إنما يبطل بما شرط لا بما قصد بدليل ما لو اشترى عبداً فشرط أن يبيعه لم يصح ولو نوى ذلك لم يبطل ولانه روي عن عمر رضي الله عنه ما يدل على إجازته وروى أبو حفص باسناده عن

﴿ مسئلة ﴾ (وان كانت ثيبا فالقول قوله لما ذكرنا)

ولان هذا يتعذر اقامة البينة عليه فقبل قوله فيه مع يمينه وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر لان هذا مما تتعذر اقامة البينة ويمينه أقوى فان دعواه سلامة العقد وسلامة نفسه من العيوب والاصل السلامة فكان القول قوله كالمنكر في سائر الدعاوى وعليه اليمين على صحة ماقال وهذا قول من سمينا ههنا لان قوله محتمل للكذب فقوينا قوله بيمينه كما في سائر الدعاوي التي يستحلف فيها فان نكل قضى عليه بنكوله ويدل على وجوب اليمين قول النبي ﷺ «ولكن اليمين على المدعى عليه» قال القاضي ويتخرج ان لا يستحلف على انكاره دعوى الطلاق فان فيها روايتين كذا ههنا والصحيح انه يستحلف لدلالة الخبر والمعنى عليه وروي عن احمد ان القول قولها مع يمينها حكاها القاضي في المجرد لان الاصل عدم الاصابة فكان القول قولها لانه موافق للاصل واليقين معها وقال الخرقي يخلو معها في بيت ويقال له اخرج ماءك على شيء فان ادعت أنه ليس بمني جعل على النار فان ذاب فهو مني وبطل قولها هكذا حكاه الخرقي عن أحمد فعلى هذا ان أخرج ماءه فالقول قوله لان العنين يضعف عن الانزال فاذا أنزل تبينا صدقه فيحكم به وهو مذهب عطاء فان ادعت انه ليس بمني جعل على النار فان ذاب فهو مني لانه يشتبه ببياض البيض وذلك اذا وضع على النار يجتمع وييبس وهذا يذوب فيتميز بذلك احدهما من الآخر فيختبر به وعلى هذا متى عجز عن إخراج مائه

محمد بن سيرين قال قدم مكة رجل ومعه اخوة له صغار وعليه ازار من بين يديه رقعة ومن خلفه رقعة فسأل عمر فلم يعطه شيئا فبينما هو كذلك إذ نزغ الشيطان بين رجل من قريش وبين امرأته فطلقها فقال لها هل لك أن تعطي ذا الرقعتين شيئا ويحلك لي؟ قالت نعم ان شئت فأخبروه بذلك قال نعم وتزوجها ودخل بها فلما أصبحت أدخلت اخوته الدار فجاء القرشي يحوم حول الدار ويقول ياويله غلب على امرأته فأتى عمر فقال يأمير المؤمنين غلبت علي امرأتي قال من غلبك قال ذو الرقعتين قال أرسلوا اليه فلما جاءه الرسول قالت له المرأة كيف موضعك من قومك؟ قال ليس بموضعي بأس قالت إن أمير المؤمنين يقول لك طلق امرأتك فقل لا والله لا أطلقها فانه لا يكرهك وألبسته حلة فلما رآه عمر من بعيد قال الحمد لله الذي رزق ذا الرقعتين فدخل عليه فقال أتطلق امرأتك؟ قال لا والله لا أطلقها قال عمر لو طلقتها لأوجعت رأسك بالسوط رواه سعيد بن هشيم عن يونس بن عبيد عن ابن سيرين نحواً من هذا وقال من أهل المدينة وهذا قد تقدم فيه الشرط على العقد ولم ير به عمر بأسا

ولنا قول النبي ﷺ « لعن الله المحلل والمحلل له » وقول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم فكان إجماعا، ولانه قصد به التحليل فلم يصح كما لو شرطه وأما حديث ذي الرقعتين فقال أحمد ليس له إسناد يعني أن ابن سيرين لم يذكر إسناده إلى عمر وقال أبو عبيد هو مرسل فأين هو من الذي سمعوه يخطب به على المنبر لا أوتى بمحلل ولا محلل له إلا رجمتهما؟ ولانه ليس فيه أن ذا الرقعتين قصد التحليل ولا نواه وإذا كان كذلك لم يتناول محل النزاع

فالقول قول المرأة لان الظاهر معها وفي كل موضع حكمنا بوطئه بطل حكم عنته فان كان في ابتداء الامر لم يضرب له مدة وان كان بعد ضرب المدة انقطعت وان كان بعد انقضائها لم يثبت له خيار وكل موضع حكمنا بعدم الوطيء منه حكمنا بعنته كما لو اقربها واختار ابو بكر انه يزوج امرأة لها حظ من الجمال ويعطي صداقها من بيت المال ويخلى وتسأل عنه ويؤخذ بما تقول فان أخبرت بأنه يطأ كذبت الاولى والثانية بالخيار بين الاقامة والفسخ وان كذبته فرق بينه وبينهما وصداق الثانية من ماله ههنا لما روي ان امرأة جاءت الى سمرة فشكت اليه انه لا يصل اليها زوجها فكتب الى معاوية فكتب اليه ان زوجه امرأة ذات جمال يذكر عنها الصلاح وسق اليها من بيت المال عنه فان أصابها فقد كذبت وان لم يصبها فقد صدقت ففعل ذلك سمرة فجاءت المرأة فقالت ليس عنده شيء ففرق بينهما وقال الاوزاعي تشهده امرأتان ويترك بينهما ثوب ويجامع امرأته فاذا قام عنها نظرتا الى فرجها فان كان فيه رطوبة الماء فقد صدق والا فلا وحكي عن مالك مثل ذلك الا انه اكتفى بواحدة والصحيح ان القول قوله لما ذكرنا وكذا لو ادعى الوطء في الايلاء واعتبار خروج الماء ضعيف لانه قد يطأ ولا ينزل وقد ينزل من غير وطء فان ضعف الذكر لا يمنع سلامة الظهر ونزول الماء وقد يعجز السليم القادر عن الوطء في بعض الاحوال وليس كل من عجز عن الوطء في حال من الاحوال أو وقت من الاوقات

(فصل) فان شرط عليه أن يحلها قبل العقد فنوى بالعقد غير ما شرطوا عليه وقصد نكاح رغبة صح العقد لانه خلا عن نية التحليل وشرطه فصح كما لو لم يذكر ذلك وعلى هذا يحمل حديث ذي الرقعتين وان قصدت المرأة التحليل أو وليها دون الزوج لم يؤثر ذلك في العقد وقال الحسن وابراهيم إذا هم أحد الثلاثة فسد النكاح ، قال أحمد كان الحسن وابراهيم والتابعون يشددون في ذلك ، قال أحمد الحديث عن النبي ﷺ « أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ » ونية المرأة ليس بشيء انما قال النبي ﷺ « لعن الله المحلل والمحلل له » ولان العقد انما يبطل بنية الزوج لانه الذي اليه المفارقة والامساك أما المرأة فلا تملك رفع العقد فوجود نيتها وعدمها سواء وكذلك الزوج الاول لا يملك شيئا من العقد ولا من رفعه فهو أجنبي كسائر الاجانب ، فان قيل كيف لعنه النبي ﷺ ؟ قلنا انما لعنه إذا رجع اليها بذلك التحليل لانها لم تحل له فكان زانيا فاستحق اللعنة لذلك

(فصل) فان اشترى عبداً فزوجها إياه ثم وهبها اياه لينفسخ النكاح بملكها له لم يصح ، قال أحمد في رواية حنبل إذا طلقها ثلاثا وأراد أن يراجعها فاشترى عبدا فأعتقه وزوجها اياه فهذا الذي نهى عنه عمر يؤدبان جميعاً وهذا فاسد ليس بكفء وهو شبه المحلل ، وعلل أحمد فساده بشيئين [أحدهما] شبهه بالمحلل لانه انما زوجه اياها ليحلها له [والثاني] كونه ليس بكفء لها وتزويجه لها في حال كونه عبدا أبلغ في هذا المعنى لان العبد في عدم الكفاءة أشد من المولى والسيد له سبيل الى ازالة نكاحه من

يكون عنينا ولذلك جعلنا مدته سنة وتزوجه بأمرأة ثانية لا يصح لذلك أيضا ولانه قد يعن عن امرأة دون أخرى ولان نكاح الثانية ان كان موقتا أو غير لازم فهو نكاح باطل والوطء فيه حرام وان كان صحيحاً لازما ففيه اضرار بالثانية ولا ينبغي ان يقبل قولها لانها تريد بذلك تخليص نفسها فهي متهمة فيه وليست بأحق ان يقبل قولها من الاولى ولان الرجل لو أقر بالعجز عن الوطيء في يوم أو شهر لم تثبت عنته بذلك وأكثر ما في الذي ذكروه ان ثبت عجزه عن الوطء في اليوم الذي اختبروه فيه واذا لم يثبت حكم عنته باقراره بعجزه فلان لا يثبت بدعوى غيره ذلك عليه أولى

(فصل) القسم الثاني يختص النساء وهو شيئان (الرتق) وهو كون الفرج مسدوداً لا مسلك للذكر فيه وكذلك القرن والعفل وهو لحم يحدث فيه يسده وقيل القرن عظم والعفل رغوة تحدث فيه تمنع لذة الوطء (الثاني) الفتق وهو انخراق ما بين السبيلين وقيل انخراق ما بين مخرج البول والمني

(فصل) قال رضي الله عنه (القسم الثالث) مشترك بينهما وهو الجذام والبرص والجنون سواء كان مطبقا او يجن في الاحيان فهذه الاقسام يثبت بها خيار الفسخ رواية واحدة لما سبق وقد ذكرنا دليل ذلك والخلاف فيه

(فصل) واختلف اصحابنا في البخر وهو نتن في الفم وقال ابن حامد نتن في الفرج يثور عند

غير ارادته بأن يهبه لامرأة فينفسخ نكاحه بملكها إياه والمولى بخلاف ذلك ، ويحتمل أن يصح النكاح اذا لم يقصد العبد التحليل لان المعتبر في الفساد نية الزوج لا نية غيره ولم ينو واذا كان مولى ولم ينو التحليل فهو أولى بالصحة لانه لاسبيل لمعتقه الى فسخ نكاحه ولا عبرة بنيته

(فصل) ونكاح المحلل فاسد يثبت فيه سائر أحكام العقود الفاسدة ولا يحصل به الاحصان ولا الاباحة للزوج الاول كما لا يثبت في سائر العقود الفاسدة ، فان قيل فقد سماه النبي ﷺ محللا وسمى الزوج محللا له ولو لم يحصل الحل لم يكن محللا ولا محللا له قلنا انما سماه محللا لانه قصد التحليل في موضع لا يحصل فيه الحل كما قال « ما آمن بالقرآن من استحل محارمه » وقال الله تعالى [يحلونه عاما ويحرمونه عاما] ولو كان محللا في الحقيقة والآخر محللا له لم يكونا ملعونين

(مسئلة) قال رحمه الله (واذا عقد المحرم نكاحا لنفسه أو لغيره أو عقد نكاحا لمحرم أو على محرمة فالنكاح فاسد)

وجملته ان المحرم إذا تزوج لنفسه أو عقد النكاح لغيره كونه ولياً أو وكيلا فانه لا يصح لقول النبي ﷺ « لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب » رواه مسلم . وان عقد الحلال نكاحا لمحرم بأن يكون وكيلا له او ولياً عليه أو عقده على محرمة لم يصح لدخوله في عموم الحديث لانه إذا تزوج له

الوطء واستطلاق البول والنجو والقروح السيالة في الفرج والخصاء وهو قطع الخصيتين والسل هو سل البيضتين والوجى وهو رضهما وفي كونه خنثى وفيما اذا وجد أحدهما بصاحبه عيبا به مثله أو حدث به العيب بعد العقد هل يثبت الخيار؟ على وجهين (أحدهما) لا يثبت الخيار وهو المفهوم من كلام الخرقي ثم ذكر العيوب التي تثبت الخيار في فسخ النكاح ولم يذكر شيئا من هذه لان ذلك لا يمنع من الاستمتاع ولا يخشى تعديه فلم يثبت به الخيار كالعمى والعرج ولان ذلك انما يثبت بنص او اجماع أو قياس ولا نص فيها ولا اجماع ولا يصح قياسها على العيوب المثبتة للخيار لما بينهما من الفرق فان الوطء مع هذه العيوب ممكن بل قد قيل ان الخصي اقدر على الجماع لانه لا يعتبر بانزال الماء والخنثى فيه خلقة زائدة لا تمنعه الجماع اشبه اليد الزائدة واذا وجد احدهما بصاحبه عيبا به مثله فلا خيار لانهما متساويان فلا مزية لاحدهما على صاحبه والوجه (الثاني) له الخيار وقال أبو بكر وأبو حفص اذا كان أحدهما لا يستمسك بوله ولا خلاه فللآخر الخيار ويتخرج على ذلك من به الباسور والقروح السيالة في الفرج ذكره أبو الخطاب لانها تثير نفرة وتتعدى نجاستها وتسمى من لا يحبس نجوها الشريم ومن لا يحبس بولها الماشولة ومثلها من الرجال الافين وقال أبو حفص والخصاء عيب يرد به وهو أحد قولي الشافعي لان فيه نقصا وعاراً ويمنع الوطء أو يضعفه وقد روى أبو عبيد باسناده عن سليمان بن يسار ان ابن سند تزوج امرأة وهو خصي فقال له عمر أعلمتها ؟ قال لا قال أعلمها ثم خيرها وفي البخر وكون أحد الزوجين خنثى

وكيله فقد نكح ، وحكى الشافعي في كون المحرم وليا لغيره روايتين [إحداهما] لا تصح وهي اختيار الخرقي [والثانية] تصح وهي اختيار أبي بكر لان النكاح حرم على المحرم لأنه في دواعي الوطء المفسد للحج ولا يحصل ذلك فيه بكونه وليا لغيره والاول أولى لدخوله في عموم الخبر ولانه عقد لا يصح للمحرم فلا يصح منه كشراء الصيد وقد مضت هذه المسئلة في الحج بأبسط من هذا الشرح

﴿ مسئلة ﴾ قال رحمه الله (وأي الزوجين وجد بصاحبه جنونا أو جذاما أو برصا أو كانت المرأة رتقاء أو قرناء أو عفلاء أو فتقاء أو الرجل مجنونا فمن وجد ذلك منهما بصاحبه الخيار في فسخ النكاح)

الكلام في هذه المسئلة في فصول أربعة [الاول] ان خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين لعيب يجده في صاحبه في الجملة روي ذلك عن عمر بن الخطاب وابنه وابن عباس وبه قال جابر والشافعي واسحاق وروي عن علي لا ترد الحرة بعيب وبه قال النخعي والثوري وأصحاب الرأي ، وعن ابن مسعود لا ينفسخ النكاح بعيب وبه قال أبو حنيفة وأصحابه الا أن يكون الرجل مجبوبا أو عنينا فان للمرأة الخيار فان اختارت الفراق فرق الحاكم بينهما بطلقة ولا يكون فسخا لان وجود العيب لا يقتضي فسخ النكاح كالعمى والزمانة وسائر العيوب

غير مشكل وجهان (احدهما) يثبت الخيار لان فيه نفرة ونقصا وعاراً والبخر نتن وقال ابن حامد نتن في الفرج يثور عند الوطء وهذا ان اراد به انه يسمى بخراً ويثبت الخيار والا فلا معنى له فان نتن الفم يسمى بخراً ويمنع مقارنة صاحبه الاعلى كره وماعدا هذه من العيوب لا يثبت الخيار وجها واحداً كالقرع والعمى والعرج وقطع اليدين والرجلين لانه لا يمنع الاستمتاع ولا يخشى تعديه ولا نعلم في هذا بين أهل العلم خلافا الا ان الحسن قال اذا وجد احدهما الآخر عقيما يخير واحب احمد ان يبين امره وقال عسى امرأته تريد الولد وهذا في ابتداء النكاح فأما الفسخ فلا يثبت به ولو ثبت لذلك لثبت في الآيسة ولان ضده يعلم فان رجالا لا يولد لاحدهم وهو شاب . ثم يولد له وهو شيخ ولا يتحقق ذلك منهما وأما سائر العيوب فلا يثبت بها فسخ عندهم والله أعلم

وأما اذا وجد احدهما بصاحبه عيبا به مثله ففيه وجه انه يثبت الخيار لوجود سببه كما لو غر عبد بامة ولان الانسان قد يأنف من عيب غيره ولا يأنف من عيب نفسه

(فصل) وأما اذا وجد أحدهما بصاحبه عيبا به عيب من غير جنسه كالابرص يجد المرأة مجنونة أو مجذومة فلكل واحد منهما الخيار لوجود سببه الا ان يجد المجبوب المرأة رتقاء فلا ينبغي ان يثبت لها خيار لان عيبه ليس هو المانع لصاحبه من الاستمتاع وانما امتنع لعيب نفسه

(فصل) وان حدث العيب بعد العقد فيه وجهان (احدهما) يثبت الخيار وهو ظاهر قول الخرقي

ولنا أن المختلف فيه عيب يمنع الوطء فأثبت الخيار كالجب والعنة ولان المرأة أحد العوضين في النكاح فجاز ردها بعيب كالصداق أو أحد العوضين في عقد النكاح فجاز رده بالعيب او أحد الزوجين فثبت له الخيار بالعيب في الآخر كالمرأة ، وأما غير هذه العيوب فلا يمنع المقصود بعقد النكاح وهو الوطء بخلاف العيوب المختلف فيها ، فان قيل فالجنون والجذام والبرص لا يمنع الوطء قلنا بل يمنعه فان ذلك يوجب نفرة تمنع قربانه بالكلية ومسه ويخاف منه التعدي الى نفسه ونسله والمجنون يخاف منه الجناية فصار كالمانع الحسي

(الفصل الثاني في عدد العيوب المجوزة للفسخ)

وهي فيما ذكر الخرقي ثمانية . ثلاثة يشترك فيها الزوجان وهي الجنون والجذام والبرص ، واثنان يختصان الرجل وهما الجب والعنة ، وثلاثة تختص بالمرأة وهي الفتق والقرن والعفل ، وقال القاضي هي سبعة جعل القرن والعفل شيئا واحداً وهو الرتق أيضا وذلك لحم ينبت في الفرج ، وحكي ذلك عن أهل الادب ، وحكي نحوه عن أبي بكر ، وذكره أصحاب الشافعي وقال الشافعي القرن عظم في الفرج يمنع الوطء ، وقال غيره لايكون في الفرج عظم إنما هو لحم ينبت فيه ، وحكي عن أبي حفص أن العفل كالرغوة في الفرج يمنع لذة الوطء فعلى هذا يكون عيبا ناميا ، وقال ابو الخطاب الرتق أن يكون الفرج مسدوداً يعني أن يكون ملتصقا لايدخل الذكر فيه ، والقرن والعفل لحم ينبت في الفرج فيسده فهما

لانه قال فان جب قبل الدخول فلها الخيار في وقتها لانه عيب في النكاح يثبت الخيار مقارنا فأثبته كالاعسار والرق فانه يثبت الخيار اذا قارن مثل ان تغر الامة من عبد ويثبته اذا طرأت الحرية اذا اعتقت الامة تحت العبد ولانه عقد على منفعة فحدوث العيب بها يثبت الخيار كالاجارة (والثاني) لايثبت الخيار وهو قول أبي بكر وابن حامد ومذهب مالك لانه عيب حدث بالمعقود عليه بعد لزوم العقد أشبه الحادث بالمبيع والصحيح الاول وهذا ينتقض بالعيب الحادث في الاجارة ، وقال أصحاب الشافعي إن حدث بالزوج أثبت الخيار وإن حدث بالمرأة فكذلك في أحد الوجهين ولا يثبته في الآخر لان الرجل يمكنه طلاقها بخلاف المرأة . ولنا انهما تساويا فيما اذا كان العيب سابقا فتساويا فيه لاحقا كالمتبايعين

﴿ مسألة ﴾ (وإن علم بالعيب وقت العقد أو قال قد رضيت بها معيبة بعد العقد أو وجد منه دلالة على الرضى من وطء أو تمكين مع العلم بالعيب فلا خيار له لانعلم فيه خلافا)

لانه رضي به فأشبه مشتري المعيب ، وإن ظن العيب يسيراً فبان كثيراً كمن ظن البرص في قليل من جسدها فبان في كثير منه فلا خيار له أيضاً لانه من جنس مارضي به ، وإن رضي بعيب فبان غيره فله الخيار لانه وجد بها عيباً لم يرض به ولا بجنسه فيثبت له الخيار كالمبيع اذا رضي بعيب فيه فوجد به غيره ، وإن رضي بعيب فزاد بعد العقد كأن كان قليل من البرص فانبسط في جلدها فلاخيار له لان رضاه به رضا بما يحدث منه

في معنى الرتق الا أنهما نوع آخر ، وأما الفتق فهو انخراق ما بين مجرى البول ومجرى المني ، وقيل ما بين القبل والدبر، وذكرها أصحاب الشافعي سبعة أسقطوا منها الفتق ومنهم من جعلها ستة جعل القرن والعفل شيئا واحداً وإنما اختص الفسخ بهذه العيوب لانها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح فان الجذام والبرص يثيران نفرة في النفس تمنع قربانه ويخشى تعديه إلى النفس والنسل فيمنع الاستمتاع والجنون يثير نفرة ويخشى ضرره والجب والرتق يتعذر معه الوطء والفتق يمنع لذة الوطء وفائدته وكذلك العفل على قول من فسره بالرغوة فان اختلفا في وجود العيب مثل أن يكون بجسده بياض يمكن أن يكون بهقا أو مراراً واختلفا في كونه برصا أو كانت به علامات الجذام من ذهاب شعر الحاجبين فاختلفا في كونه جذاما فان كانت للمدعي بينة من أهل الخبرة والثقة يشهدان له بما قال ثبت قوله وإلا حلف المنكر والقول قوله لقول النبي ﷺ ولكن اليمين على المدعى عليه وان اختلفا في عيوب النساء أريت النساء الثقات ويقبل فيه قول امرأة واحدة فان شهدت بما قال الزوج وإلا فالقول قول المرأة وأما الجنون فانه يثبت الخيار سواء كان مطبقا أو كان يجن في الاحيان لأن النفس لا تسكن الى من هذا حاله إلا أن يكون مريضا يغمى عليه ثم يزول فذلك مرض لا يثبت به خيار فان زال المرض ودام به الاغماء فهو كالجنون يثبت به الخيار وأما الجب فهو أن يكون جميع ذكره مقطوعا أولم يبق منه إلا مالا يمكن الجماع به فان بقي منه ما يمكن الجماع به ويغيب منه في الفرج قدر الحشفة فلا خيار لها لان الوطء

(فصل) وخيار العيب ثابت على التراخي لا يسقط مالم يوجد منه ما يدل على الرضى به من القول والاستمتاع به من الزوج أو التمكين من المرأة ، هذا ظاهر كلام الخرقي لقوله فان علمت انه عنين فسكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك وذكر القاضي انه على الفور وهو مذهب الشافعي فمتى أخر الفسخ مع العلم والامكان بطل خياره لانه خيار الرد بالعيب فكان على الفور كرد المبيع المعيب .

ولنا انه خيار لدفع ضرر متحقق فكان على التراخي كخيار القصاص وخيار العيب في المبيع ممنوع ثم الفرق بينهما ان ضرره في المبيع غير متحقق لانه قد يكون المقصود ماليته أو خدمته ويحصل ذلك مع عيبه وههنا المقصود الاستمتاع وذلك يفوت بعيبه، وأما خيار الشفعة والمجلس فهو لدفع ضرر غير متحقق

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز الفسخ إلا بحكم حاكم لانه مجتهد فيه فهو كفسخ العنة والفسخ للاعسار بالنفقة ويخالف خيار المعتقة لانه متفق عليه)

﴿ مسئلة ﴾ فان فسخ قبل الدخول فلا مهر وإن فسخ بعده فعليه المهر المسمى وقيل عنه مهر المثل)

أما إذا فسخ قبل الدخول فلا مهر عليه سواء كان من الزوج أو من المرأة وهذا قول الشافعي لان الفسخ إن كان منها فالفرقة من جهتها فيسقط مهرها كما لو فسخته برضاع زوجة له أخرى ، وإن كان منه فانما فسخ بعيب بها دلسته بالاخفاء فصار الفسخ كأنه منها فان قيل فهلا جعلتم فسخها لعنته كأنه منه لحصوله بتدليسه؟ قلنا العوض من الزوج في مقابلة منافعها فاذا اختارت فسخ العقد مع سلامة ما عقد

يمكن وان اختلفا في ذلك فالقول قول المرأة لانه يضعف بالقطع والاصل عدم الوطء ويحتمل أن القول وله كما لو ادعى الوطء في العنة ولان له ما يمكن الجماع به فأشبه من له ذكر قصير

(الفصل الثالث) أنه لايثبت الخيار لغير ماذكرناه لانه لايمنع من الاستمتاع بالمعقود عليه ولا يخشى تعديه فلم ينفسخ به النكاح كالعمى والعرج ولأن الفسخ انما يثبت بنص أو اجماع أوقياس ولا نص في غير هذا ولا اجماع ولا يصح قياسها على هذه العيوب لما بينهما من الفرق . وقال أبو بكر وأبو حفص اذا كان أحدهما لايستمسك بوله ولا خلاؤه فللآخر الخيار ، قال أبو الخطاب ويتخرج على ذلك من به الباسور والناسور والقروح السيالة في الفرج لانها تثير نفرة وتتعدى نجاستها وتسمي من لايحبس نجوها الشريم ومن لايحبس بولها المشولة ومثلها من الرجال الافين ، وقال أبو حفص والخصاء عيب يرد به وهو أحد قولي الشافعي لان فيه نقصا وعاراً ويمنع الوطء أو يضعفه

وقد روى ابو عبيد باسناده عن سليمان بن يسار أن ابن سندر تزوج امرأة وهو خصي فقال له عمر أعلمتها ؟ قال لا ، قال اعلمها ثم خيرها وفي البخر وكون أحد الزوجين خنثى وجهان

(أحدهما) يثبت الخيار لان فيه نفرة ونقصاً وعاراً والبخر نتن الفم ، وقال ابن حامد هو نتن في الفرج يثور عند الوطء وهذا ان أراد به أنه يسمى أيضا بخراً ويثبت الخيار وإلا فلا معنى له فان نتن الفم يسمى بخراً ويمنع مقاربة صاحبه الا على كره وماعدا هذا فلا يثبت الخيار وجها واحداً كالقرع والعمى

عليه رجع العوض الى العاقد معها وليس من جهتها عوض في مقابلة منافع الزوج وانما يثبت لها لاجل ضرر يلحقها لا لتعذر مااستحقت عليه في مقابلته عوضا فافترقا

(فصل) وإن كان الفسخ بعد الدخول فلها المهر لانه يجب بالعقد ويستقر بالدخول فلم يسقط بحادث بعده ولذلك لايسقط بردتها ولا بفسخ من جهتها ويجب المهر المسمى ، وذكر القاضي في المجرد فيه روايتين (إحداهما) يجب المسمى (والاخرى) مهر المثل بناء على الروايتين في العقد الفاسد ، وقال الشافعي الواجب مهر المثل لان الفسخ استند الى العقد الفاسد

ولنا انها فرقة بعد الدخول في نكاح صحيح فيه مسمى صحيح فوجب المسمى كغير المعيبة كالمعتقة تحت عبد ، والدليل على أن النكاح صحيح انه وجد بشروطه وأركانه فكان صحيحا كما لو لم يفسخه ولانه لو لم يفسخه لكان صحيحاً فكذلك اذا فسخه كنكاح الامة اذا عتقت تحت عبد ولانه تترتب عليه أحكام الصحة من ثبوت الاحصان والاباحة للزوج الاول وسائر أحكام الصحيح ولانه لو كان فاسداً لما جاز بقاؤه وتعين فسخه وما ذكروه لايصح فان الفسخ يثبت حكمه من حينه غير سابق عليه وما وقع على صفة يستحيل أن يكون واقعا على غيرها وكذلك لو فسخ البيع بعيب لم يصر العقد فاسداً ولا يكون النماء لغير المشتري ، ولو كان المبيع أمة فوطئها لم يجب به مهرها فكذلك النكاح

(مسألة) (ويرجع به على من غره من المرأة والولي وعنه لايرجع)

والعرج وقطع اليدين والرجلين لانه لايمنع الاستمتاع ولا يخشى تعديه ولا نعلم في هذا بين أهل العلم خلافاً الا أن الحسن قال اذا وجد الآخر عقيما يخير وأحب احمد تبيين أمره وقال عسى امرأته تريد الولد وهذا في ابتداء النكاح فأما الفسخ فلا يثبت به ولو ثبت بذلك لثبت في الآيسة ، ولان ذلك لايعلم فان رجالا لايولد لاحدهم وهو شاب ثم يولد له وهو شيخ فلا يتحقق ذلك منهما ، وأما سائر العيوب فلا يثبت بها فسخ عندهم والله أعلم

(الفصل الرابع) أنه اذا أصاب أحدهما بالآخر عيبا وبه عيب من غير جنسه كالابرص يجد المرأة مجنونة او مجذومة فلكل واحد منهما الخيار لوجود سببه الا أن يجد المجبوب المرأة رتقاء فلا ينبغي أن يثبت لهما الخيار لان عيبه ليس هو المانع لصاحبه من الاستمتاع وانما امتنع لعيب نفسه وان وجد أحدهما بصاحبه عيبا بمثله ففيه وجهان (أحدهما) لاخيار لهما لانهما متساويان ولامزية لاحدهما على صاحبه فأشبها الصحيحين (والثاني) له الخيار لوجود سببه فأشبه مالو غر عبد بأمة

(فصل) وان حدث العيب بأحدهما بعد العقد ففيه وجهان (أحدهما) يثبت الخيار وهو ظاهر قول الخرقي لانه قال فان جب قبل الدخول فلها الخيار في وقتها لانه عيب في النكاح يثبت الخيار مقارنا فأثبته طارئا كالاعسار وكالرق فانه يثبت الخيار اذا قارن مثل أن تغر الامة من عبد ويثبته اذا طرأت الحرية مثل ان عتقت الامة تحت العبد ولانه عقد على منفعة فحدوث العيب بها يثبت الخيار.

المذهب انه يرجع وهو الذي ذكره الخرقي ، وقال أبو بكر فيه رواية أخرى انه لايرجع . قال شيخنا : والصحيح ان المذهب رواية واحدة انه يرجع فان أحمد قال كنت أذهب الى قول علي فهبته فملت الى قول عمر : اذا تزوجها فرأى جذاما أو برصا فان لها صداقها بمسيسه إياها ووليها ضامن للصداق وهذا يدل على انه يرجع الى هذا القول وبه قال الزهري وقتادة ومالك والشافعي في القديم وروي عن علي انه لايرجع وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد لانه ضمن ما استوفى بدله وهو الوطء فلا يرجع به على غيره وكما لو كان المبيع معيبا فأكله

ولنا ماروى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال قال عمر بن الخطاب : أيما رجل تزوج امرأة بها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها . وذلك لزوجها غرم على وليها ولانه غره في النكاح بما يثبت الخيار فكان المهر عليه كما لو غره بحرية أمة ، اذا ثبت هذا فان كان الولي علم غرم وإن لم يكن علم فالتغرير من المرأة فيرجع عليها بجميع الصداق وإن اختلفوا في علم الولي فشهدت عليه بينة بالاقرار بالعلم وإلا فالقول قوله مع يمينه وقال الزهري وقتادة إن علم الولي غرم وإلا استحلف بالله انه ماعلم ثم هو على الزوج ، وقال القاضي إن كان أبا أو جداً أو ممن يجوز له أن يراها فالتغرير من جهته علم أو لم يعلم ، وإن كان ممن لايجوز له أن يراها كابن العم والمولى وعلم غرم ، وإن أنكر ولم تقم البينة باقراره فالقول قوله مع يمينه ويرجع على المرأة بجميع الصداق ، وهذا قول مالك إلا انه قال اذا

كالاجارة (والثاني) لا يثبت الخيار وهو قول أبي بكر وابن حامد ، ومذهب مالك لانه عيب حدث بالمعقود عليه بعد لزوم العقد أشبه الحادث بالمبيع وهذا ينتقض بالعيب الحادث في الاجارة ، وقال أصحاب الشافعي ان حدث بالزوج ثبت الخيار، وان حدث بالمرأة فكذلك في أحد الوجهين والآخر لا يثبته لان الرجل يمكنه طلاقها بخلاف المرأة

ولنا أنهما تساويا فيما اذا كان العيب سابقا فتساويا فيه لاحقا كالمتبايعين

(فصل) ومن شرط ثبوت الخيار بهذه العيوب أن لا يكون عالما بها وقت العقد ولا يرضى بها بعده فان علم بها في العقد أو بعده فرضي فلا خيار له لا نعلم فيه خلافا لانه رضي به فأشبه مشتري المعيب ، وان ظن العيب يسيراً فبان كثيراً كمن ظن أن البرص في قليل من جسده فبان في كثير منه فلا خيار له أيضا لانه من جنس مارضي به وان رضي بعيب فبان به غيره فله الخيار لانه وجد به عيبا لم يرض به ولا بجنسه فثبت له الخيار كالمبيع اذا رضي بعيب فيه فوجد به غيره وان رضي بعيب فزاد بعد العقد كأن به قليل من البرص فانبسط في جلده فلا خيار له لان رضاه به رضى بما يحدث منه

(فصل) وخيار العيب ثابت على التراخي لا يسقط مالم يوجد منه ما يدل على الرضى به من القول والاستمتاع من الزوج أو التمكين من المرأة . هذا ظاهر كلام الخرقي لقوله فان علمت أنه عنين فسكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك ، وذكر القاضي انه على الفور وهو مذهب الشافعي فمتى أخر الفسخ مع العلم والامكان بطل خياره لانه خيار الرد بالعيب فكان على الفور كالذي في البيع

ردت المرأة ما أخذت ترك لها قدر ما تستحل به لئلا تصير كالموهوبة وللشافعي قولان كقول مالك والقاضي

ولنا على ان الولي اذا لم يعلم لا يغرم أن التغرير من غيره فلم يغرم كما لو كان ابن عم وعلى أنه يرجع بكل الصداق لانه مغرور منها فرجع بكل الصداق كما لو غره الولي ، وقولهم لا يخفى على من يراها لا يصح فان عيوب الفرج لا اطلاع له عليها ولا يحل له رؤيتها وكذلك العيوب تحت الثياب فصار في هذا كمن لا يراها إلا في الجنون فانه لا يكاد يخفى على من يراها إلا أن يكون غائبا . وأما الرجوع بالمهر فانه بسبب آخر فيكون بمنزلة ماله وهبته إياه بخلاف الموهوبة

(فصل) فان طلقها قبل الدخول ثم علم انه كان بها عيب فعليه نصف الصداق ولا يرجع به لانه رضي بالتزامه فلم يرجع على أحد وإن ماتت أو مات قبل العلم بالعيب فلها الصداق كاملا ولا يرجع به على أحد لان سبب الرجوع الفسخ ولم يوجد وههنا استقر الصداق بالموت ولا يرجع به

(فصل) ولا سكنى لها ولا نفقة لان ذلك انما يجب لمن لزوجها عليها الرجعة وهذه تبين بالفسخ كما تبين بالثلاث وليس لزوجها عليها رجعة فلم يجب لها نفقة ولا سكنى لقول رسول الله ﷺ لفاطمة بنت قيس « النفقة والسكنى للمرأة اذا كان لزوجها عليها الرجعة » رواه النسائي ، وهذا اذا كانت حائلا فان كانت حاملا فلها النفقة لانها بائن من نكاح صحيح وهي حامل فكانت لها النفقة كالمطلقة

وانما أنه خيار لدفع ضرر متحقق فكان على التراخي كخيار القصاص، وخيار العيب في المبيع يمنعه ثم الفرق بينهما أن ضرره في المبيع غير متحقق لأنه قد يكون المقصود ماليته أو خدمته ويحصل ذلك مع عيبه وههنا المقصود الاستمتاع ويفوت ذلك بعيبه، وأما خيار الجبرة والشفعة والمجلس فهو لدفع ضرر غير متحقق

(فصل) ويحتاج الفسخ الى حكم حاكم لأنه مجتهد فيه فهو كفسخ العنة والفسخ للاعسار بالنفقة ويخالف خيار المعتقة فانه متفق عليه

﴿ مسئلة ﴾ (قال واذا فسخ قبل المسيس فلا مهر وان كان بعده وادعى أنه ماعلم حلف وكان له أن يفسخ وعليه المهر يرجع به على من غره)

الكلام في هذه المسئلة في فصول أربعة (أحدها) أن الفسخ اذا وجد قبل الدخول فلا مهر لها عليه سواء كان من الزوج أو المرأة وهذا قول الشافعي لأن الفسخ ان كان منها فالفرقة من جهتها فسقط مهرها كما لو فسخته برضاع زوجة له أخرى، وان كان منه فانما فسخ لعيب بها دلسته بالاخفاء فصار الفسخ كأنه منها ، فان قيل فهلا جعلتم فسخها لعيب كأنه منه لحصوله بتدليسه؟ قلنا العوض من الزوج في مقابلة منافعها فاذا اختارت فسخ العقد مع سلامة ما عقدت عليه رجع العوض الى العاقد معها وليس

ثلاثا والمختلعة وفي السكنى روايتان، وقال القاضي لا نفقة لها وإن كانت حاملا في أحد الوجهين لأنها بائن من نكاح فاسد وكذلك قال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين وفي الآخر لها النفقة لأن النفقة للحمل والحمل لاحق به وبنوه على النكاح الفاسد وقد بينا صحته فيما مضى

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وليس لولي صغيرة ولا مجنونة ولا سيد أمة تزويجها معيبا)

لانه ناظر لهم بما فيه الحظ ، ولا حظ لهم في هذا العقد فان زوجهن مع العلم بالعيب لم يصح النكاح وكذلك الحكم في الصغير لانه عقد لهم عقدا لا يجوز عقده فلم يصح كما لو باع عقاره لغير غبطة ولا حاجة ، وان لم يعلم بالعيب صح كما لو اشترى لهم معيبا لا يعلم عيبه ويجب عليه الفسخ اذا علم لان عليه النظر لهم فيما فيه الحظ في الفسخ ويحتمل أن لا يصح النكاح لأنه زوجهم ممن لا يملك تزويجهم اياه فلم يصح كما لو زوجهم ممن يحرم عليهم .

﴿ مسئلة ﴾ (وليس له تزويج كبيرة بمعيب بغير رضاها) بغير خلاف نعلمه لانها تملك الفسخ اذا علمت به بعد العقد فالامتناع أولى .

﴿ مسئلة ﴾ (فان اختارت الكبيرة تزويج مجبوب أو عنين لم يملك منعها)

لان الحق لها في أحد الوجهين . والوجه الثاني له أن يمنعها

من جهتها عوض في مقابلة منافع الزوج وانما ثبت لها الخيار لاجل ضرر يلحقها لا لتعذر ما استحقت عليه في مقابلته عوضا فافترقا

[الفصل الثاني] ان الفسخ إذا كان بعد الدخول فلها المهر لان المهر يجب بالعقد ويستقر بالدخول فلا يسقط بحادث بعده ولذلك لا يسقط بردتها ولا بفسخ من جهتها ويجب المهر المسمى، وذكر القاضي في المجرد فيها روايتين (إحداهما) يجب المسمى (والآخر) مهر المثل بناء على الروايتين في العقد الفاسد وقال الشافعي الواجب مهر المثل لان الفسخ استند الى العقد فصار كالعقد الفاسد

ولنا انها فرقة بعد الدخول في نكاح صحيح فيه مسمى صحيح فوجب المسمى كغير المعيبة وكالمعتقة تحت عبد ، والدليل على أن النكاح صحيح انه وجد بشروطه وأركانه فكان صحيحا كما لو لم يفسخه ولانه لو لم يفسخه لكان صحيحاً فكذلك إذا فسخه كنكاح الامة إذا عتقت تحت عبد ، ولانه تترتب عليه أحكام الصحة من ثبوت الاحصان و لاباحة للزوج الاول وسائر أحكام الصحة ، ولانه لو كان فاسداً لما جاز إبقاؤه وتعين فسخه ، وما ذكروه غير صحيح فان الفسخ يثبت حكمه في حينه غير سابق عليه وما وقع على صفة يستحيل أن يكون واقعا على غيرها وكذلك لو فسخ البيع بسبب لم يصر العقد فاسداً ولا يكون النماء لغير المشتري، ولو كان المبيع أمة فوطئها لم يجب به مهرها فكذلك النكاح

قال احمد ما يعجبني أن يزوجها بعنين وان رضيت الساعة تكره اذا أدخلت عليه ، لان من شأنهن النكاح ، ويعجبهن من ذلك ما يعجبنا وذلك لان الضرر في هذا دائم ، والرضى غير موثوق بدوامه ولا تتمكن من التخلص اذا كانت عالمة في ابتداء العقد وربما أفضى الى الشقاق والعداوة فيتضرر وليها وأهلها فلك الولي منعها كما لو أرادت نكاح من ليس بكفء

وقال القاضي : له منعها من نكاح المجنون ، وليس له منعها من نكاح المجبوب والعنين لان ضررهما عليها خاصة، وفي الابرص والمجنون وجهان .(أحدهما) لا يملك منعها لان الحق لها والضرر عليها اشبه المجبوب والعنين . و (الثاني) له منعها لان عليه ضررا فيه فانه يتعير به ويخشى تعديه الى الولد فأشبه التزويج بغير كفء ، وهذا مذهب الشافعي ، والاولى أن له منعها لان عليها فيه ضرراً دائما وعاراً عليها وعلى أهلها فلك منعها منه كالتزويج بغير الكفء فاما ان اتفقا على ذلك ورضيا به جاز وصح النكاح لان الحق لهما لا يخرج عنهما ويكره لهما ذلك لما ذكره أبو عبد الله من أنها وإن رضيت الآن تكره فيما بعد ويحتمل أن يملك سائر الاولياء الاعتراض عليها ومنعها من هذا التزويج لان العار يلحق بهم وينالهم الضرر فأشبه ما لو زوجها بغير كفء

﴿ مسئلة ﴾ (فأما إن علمت العيب بعد العقد أو حدث به لم يملك أجبارها على الفسخ إذا رضيت)

لان حق الولي في ابتداء العقد لا في دوامه ولهذا لو دعت وليها الى تزويجها بعبد لم تلزمه اجابتها ولو أعتقت عبدا لم يملك اجبارها على الفسخ .

(الفصل الثالث) إذا علم بالعيب وقت العقد أو بعده ثم وجد منه رضى أو دلالة عليه كالدخول بالمرأة أو تمكينها إياه من الوطء لم يثبت له الفسخ لانه رضي باسقاط حقه فسقط كما لو علم المشتري بالعيب فرضيه ، وإذا اختلفا في العلم فالقول قول من ينكره لان الاصل عدمه

(الفصل الرابع) انه يرجع بالمهر على من غره ، وقال أبو بكر فيه روايتان [احداهما] يرجع به [والاخرى] لا يرجع ، والصحيح أن المذهب رواية واحدة وانه يرجع به فان أحمد قال كنت أذهب الى قول علي فهبته فملت الى قول عمر . اذا تزوجها فرأى جذاما أو برصافان لها المهر بمسيسه اياها ووليها ضامن للصداق ، وهذا يدل على انه رجع الى هذا القول وبه قال الزهري وقتادة ومالك والشافعي في القديم ، وروي عن علي انه قال لا يرجع وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد لانه ضمن ما استوفى بدله وهو الوطء فلا يرجع به على غيره كما لو كان المبيع معيبا فأكله

ولنا ما روى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال قال عمر بن الخطاب أيما رجل تزوج بامرأة بها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها وذلك لزوجها غرم على وليها ،ولانه غره في النكاح بما يثبت به الخيار فكان المهر عليه كما لو غره بحرية أمة ، فاذا ثبت هذا فان كان الولي علم غرم وان لم يكن علم فالتغرير من المرأة فيرجع عليها بجميع الصداق ، فان اختلفوا في علم الولي فشهدت بينة عليه بالاقرار بالعلم وإلا فالقول قوله مع يمينه قال الزهري وقتادة ان علم الولي غرم والا استحلف بالله العظيم انه ما علم ثم هو على الزوج

باب نكاح الكفار

وحكمه حكم نكاح المسلمين فيما يجب بدون تحريم المحرمات

وجملة ذلك ان أنكحتهم يتعلق بها أحكام النكاح الصحيح من وقوع الطلاق والظهار والايلاء ووجوب المهر والقسمة والاباحة للزوج الاول والاحصان وغير ذلك . وممن أجاز طلاق الكفار عطاء والشعبي والنخعي والزهري وحماد والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ولم يجوزه الحسن وقتادة وربيعة ومالك.

ولنا أنه طلاق من بالغ عاقل في نكاح صحيح فوقع كطلاق المسلم فان قيل لا نسلم صحة أنكحتهم قلنا دليل ذلك أن الله تعالى أضاف النساء اليهم فقال (وامرأته حمالة الحطب) وقال(امرأة فرعون) وحقيقة الاضافة تقتضي زوجية صحيحة ولدت من نكاح لا من سفاح ، واذا ثبتت صحتها ثبتت أحكامها كأنكحة المسلمين فعلى هذا اذا طلق الكافر ثلاثا ثم تزوجها قبل زوج واصابة ثم أسلما لم يقرا عليه وان طلق امرأته أقل من ثلاث ثم أسلما فهي عنده على ما بقي من طلاقها وان نكحها كتابي وأصابها حلت لمطلقها ثلاثا سواء كان المطلق مسلما أو كافراً وان ظاهر الذمي من امرأته

وقال القاضي ان كان أبا أو جدا أو ممن يجوز له ان يراها فالتغرير من جهته علم أو لم يعلم وان كان ممن لا يجوز له أن يراها كابن العم والمولى وعلم غرم وان أنكر ولم تقم بينة باقراره فالقول قوله ، ويرجع على المرأة بجميع الصداق وهذا قول مالك الا انه قال اذا ردت المرأة ما أخذت ترك لها قدر ماتستحل به لئلا تصير كالموهوبة وللشافعي قولان كقول مالك والقاضي

ولنا على أن الولي اذا لم يعلم لا يغرم ان التغرير من غيره فلم يغرم كما لو كان ابن عم وعلى انه يرجع بكل الصداق انه مغرور منها فرجع بكل الصداق كما لو غره الولي، وقولهم لايخفى على من يراها لايصح فان عيوب الفرج لا اطلاع له عليها ولا يحل له رؤيتها وكذلك العيوب تحت الثياب فصار في هذا كمن لا يراها الا في الجنون فانه لايكاد يخفى على من يراها الا أن يكون غائبا وأما الرجوع بالمهر فانه لسبب آخر فيكون بمنزلة مالو وهبته اياه بخلاف الموهوبة

(فصل) اذا طلقها قبل الدخول ثم علم أنه كان بها عيب فعليه نصف الصداق ولا يرجع به لانه رضي بالتزام نصف الصداق فلم يرجع على أحد ، وإن ماتت أو مات قبل العلم بالعيب فلها الصداق كاملا ولا يرجع على أحد لان سبب الرجوع الفسخ ولم يوجد وههنا استقر الصداق بالموت فلا يرجع به

ثم أسلما فعليه كفارة الظهار لقول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) الآية . فان آلى ثبت حكم الايلاء لقوله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم) ويحرم عليهم ما يحرم في النكاح على المسلمين على ماذكرنا في باب المحرمات في النكاح

﴿ مسئلة ﴾ (ويقرون على الانكحة المحرمة ما اعتقدوا حلها ولم يرتفعوا الينا)

انما يقرون بهذين الشرطين (أحدهما) أن لا يترافعوا الينا (الثاني) أن يعتقدوا إباحة ذلك في دينهم لان مالا يعتقدون حله ليس من دينهم فلا يقرون عليه كالزنا والسرقة ، قال الله تعالى (فان جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وان تعرض عنهم فلن يضروك شيئا) فيدل هذا على أنهم يخلون وأحكامهم اذا لم يجيئوا الينا ولان النبي صلى الله عليه وسلم أخذ الجزية من مجوس هجر ولم يعترض عليهم في أنكحتهم مع علمه أنهم يستبيحون نكاح محارمهم ولانه أسلم خلق كثير في زمن النبي ﷺ فأقرهم على أنكحتهم ولم يكشف عن كيفيتها فاذا لم يرتفعوا لم نتعرض لهم لانا صالحناهم على الاقرار على دينهم . وعن احمد في مجوسي تزوج كتابية أو اشترى نصرانية قال يحال بينه وبينها قيل من يحول بينهما ؟ قال الامام قال أبو بكر لان علينا ضرراً في ذلك بتحريم أولاد النصرانية علينا ويجيء على قوله في تزويج النصراني المجوسية فيخرج من هذا أنهم لايقيمون على نكاح محرم وان يحال بينهم بين نكاح محارمهم فان عمر كتب ان فرقوا بين كل ذي رحم من المجوس وقال أحمد في مجوسي ملك أمة نصرانية يحال بينه وبينها ويجبر على بيعها لها دين وله دين فان ملك نصراني مجوسية فلا بأس أن يطأها وقال أبو بكر عبد العزيز لايباح له وطؤها أيضاً لما ذكرناه من الضرر

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا سكنى لها ولا نفقة لان السكنى والنفقة انما تجب لامرأة زوجها له عليها الرجعة)

انما كان كذلك لانها تبين بالفسخ كما تبين بطلاق ثلاث ولا يستحق زوجها عليها رجعة فلم تجب لها سكنى ولا نفقة لقول رسول الله ﷺ لفاطمة بنت قيس « انما السكنى والنفقة للمرأة إذا كان لزوجها عليها الرجعة » رواه النسائي وهذا اذا كانت حائلا فان كانت حاملا فلها النفقة لانها بائن من نكاح صحيح في حال حملها فكانت لها النفقة كالمطلقة ثلاثا والمختلعة وفي السكنى روايتان ، وقال القاضي لا نفقة لها إن كانت حاملا في أحد الوجهين لانها بائن من نكاح فاسد وكذلك قال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين وفي الآخر لها النفقة لان النفقة للحمل والحمل لاحق به وبنوه على أن النكاح فاسد. وقد بينا صحته فيما مضى

(فصل) وليس لولي الصغير والصغيرة وسيد الامة تزويجهم لمن به أحد هذه العيوب لانه ناظر لهم بما فيه الحظ ولاحظ لهم في هذا العقد فان زوجهم مع العلم بالعيب لم يصح النكاح لانه عقد لهم عقداً لا يجوز عقده فلم يصح كما لو باع عقاره لغير غبطة ولا حاجة وإن لم يعلم بالعيب صح كما لو اشترى لهم معيبا لا يعلم عيبه ويجب عليه الفسخ اذا علم لان عليه النظر لهم بما فيه الحظ والحظ في الفسخ ويحتمل أن لا يصح النكاح لانه زوجهم ممن لا يملك تزويجهم اياه فلم يصح كما لو زوجهم بمن يحرم عليهم

(مسئلة) (وإن أسلموا أو ترافعوا الينا في ابتداء العقد لم نمضه إلا على الوجه الصحيح مثل أنكحة المسلمين بالولي والشهود والايجاب والقبول)

لأنه لا حاجة إلى عقد يخالف ذلك قال الله تعالى (وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط) وإن كان في إثنائه لا يتعرض في كيفية عقدهم ولا تعتبر له شروط أنكحة المسلمين من الولي والشهود وصيغة الايجاب والقبول وأشباه ذلك بلا خلاف بين المسلمين قال ابن عبد البر أجمع العلماء على أن الزوجين إذا أسلما معاً في حال واحدة ان لهما المقام على نكاحهما ما لم يكن بينهما نسب أو رضاع وقد أسلم خلق كثير في عهد رسول الله ﷺ وأسلم نساؤهم فأقروا على أنكحتهم ولم يسألهم النبي ﷺ عن شروط النكاح ولا كيفيته وهذا أمر علم بالتواتر والضرورة فكان يقينا

﴿مسئلة﴾ (لكن ان كانت المرأة في هذه الحال ممن لا يجوز ابتداء نكاحها كأحد المحرمات بالنسب أو السبب أو المعتدة أو المرتدة أو الوثنية والمجوسية والمطلقة ثلاثاً لم يقرا)

لحديث عمر وان تزوجها في العدة واسلما بعد انقضائها أقرا لانها مما يجوز ابتداء نكاحها وان ترافعا الينا في العدة فسخ نكاحهما لانه لا يجوز ابتداء نكاحهما وان كان بينهما نكاح متعة لم يقرا عليه لانه ان كان بعد المدة لم يبق بينهما نكاح وان كان في المدة فهما لا يعتقدان تأبيده والنكاح عقد

(فصل) وليس له تزويج كبيرة بعيب بغير رضاها بغير خلاف نعلمه لأنها تملك الفسخ إذا علمت به بعد العقد فالامتناع أولى وان أرادت أن تتزوج معيباً فله منعها في أحد الوجهين قال أحمد ما يعجبني أن يزوجها بعنين وان رضيت الساعة تكره إذا دخلت عليه لان من شأنهن النكاح ويعجبهن من ذلك ما يعجبنا وذلك لان الضرر في هذا دائم والرضى غير موثوق بدوامه ولا يتمكن من التخلص إذا كانت عالمة في ابتداء العقد وربما أفضى إلى الشقاق والعداوة فيتضرر وليها وأهلها فملك الولي منعها كما لو أرادت نكاح من ليس بكفء (والثاني) ليس له منعها لان الحق لها وقال القاضي له منعها من نكاح المجنون وليس له منعها من نكاح المجبوب والعنين لان ضررهما عليها خاصة وفي الابرص والمجذوم وجهان (أحدهما) لا يملك منعها لان الحق لها والضرر عليها فأشبها المجبوب والعنين (والثاني) له منعها لان عليه ضرراً فانه يتعير به ويخشى تعديه الى الولد فأشبه التزويج لمن لا يكافئها وهذا مذهب الشافعي والاولى أن له منعها في جميع الصور لأن عليها فيه ضرراً دائما وعاراً عليها وعلى أهلها فملك منعها منه كالتزويج بغير كفء فأما إذا اتفقا على ذلك ورضي به جاز وصح النكاح لان الحق لهما ولا يخرج عنهما ويكره لهما ذلك لما ذكره الامام أبو عبد الله من أنها وان رضيت الآن تكره فيما بعد ويحتمل أن يملك سائر الاولياء الاعتراض عليها ومنعها من هذا التزويج لان العار يلحق بهم وينالهم الضرر فأشبه ما لو زوجها بغير كفء فأما ان حدث العيب بالزوج ورضيته المرأة لم يملك وليها إجبارها على الفسخ لان

مؤبد الا أن يعتقد فساد الشرط وحده وان كان خيار مدة فأسلما فيها لم يقرا لذلك وان كان بعدها أقرا لانهما يعتقدان لزومه وكل ما اعتقدوه نكاحاً فهو نكاح يقرون عليه ومالا فلا

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قهر حربي حربية فوطئها أو طاوعته أو اعتقداه نكاحا ثم اسلما اقرا عليه)

لانه نكاح لهم فيمن يجوز إبتداء نكاحها فأقرا عليه كالنكاح بلا ولي وان لم يعتقداه نكاحا لم يقرا عليه لانه ليس من انكحتهم

﴿ مسئلة ﴾ (واذا كان المهر مسمى صحيحاً او فاسداً قبضته استقر وان كان فاسداً فلم تقبضه فرض لها مهر المثل)

اذا اسلم الكفار وترافعوا الينا بعد العقد والقبض لم نتعرض لما فعلوه وما قبضت من المهر فقد نفذ وليس لها غيره حلالا كان أو حراما بدليل قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا) فأمر بترك ما بقي من دون ما قبض وقال تعالى (فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره الى الله) ولان التعرض للمقبوض بإبطاله يشق لتطاول الزمان وكثرة تصرفاتهم في الحرام ففيه تنفيرهم عن الاسلام فعفي عنه كما عفي عن ترك ما تركوه من الفرائض والواجبات ولانهما تقابضا بحكم الشرك فبرئت ذمة من هو عليه منه كما لو تبايعا بيعا فاسداو تقابضا وان لم يتقابضا وكان المسمى حلالا وجب ما سمياه لانه مسمى صحيح في نكاح صحيح فوجب كتسمية المسلم وان كان حراما كالخمر والخنزير بطل ولم يحكم به لان ما سمياه لايجوز

حقه في ابتداء العقد لافي دوامه ولهذا لودعت وليها إلى تزويجها بعبد لم يلزمه إجابتها ولو عتقت تحت عبد لم يملك إجبارها على الفسخ

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا عتقت الامة وزوجها عبد فلها الخيار في فسخ النكاح)

أجمع أهل العلم على هذا ذكره ابن المنذر وابن عبدالبر وغيرهما والاصل فيه خبر بريرة قالت عائشة كانت بريرة فخيرها رسول الله ﷺ في زوجها وكان عبداً فاختارت نفسها قال عروة ولو كان حراما ما خيرها رسول الله ﷺ رواه مالك وأبو داود والنسائي ولان عليها ضرراً في كونها حرة تحت العبد فكان لها الخيار كما لو تزوج حرة على أنه حر فبان عبداً فان اختارت الفسخ فانها فراقه وان رضيت المقام معه لم يكن لها فراقه بعد ذلك لأنها أسقطت حقها وهذا كله لاخلاف فيه بحمدالله

(فصل) وان عتقت تحت حر فلا خيار لها وهذا قول ابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب والحسن وعطاء وسليمان بن يسار وأبي قلابة وابن أبي ليلى ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وقال طاوس وابن سيرين ومجاهد والنخعي وحماد بن أبي سليمان والثوري وأصحاب الرأي لها الخيار لما روى الاسود عن عائشة أن النبي ﷺ خير بريرة وكان زوجها حراً رواه النسائي ولانها كملت بالحرية فكان لها الخيار كما لو كان زوجها عبداً

إيجابه في الحكم ولا يجوز ان يكون صداقاللمسلمة ولا في نكاح مسلم ويجب مهر المثل ان كان قبل الدخول ونصفه ان وقعت الفرقة قبل الدخول وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف وقال أبو حنيفة ان كان أصدقها خمراً أوخنزيراً معينين فليس لها الا ذلك وان كانا غير معينين فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل استحسانا

ولنا ان الخمر لاقيمة له في الاسلام فكان الواجب مهر المثل كما لو أصدقها خنزيراً ولانه محرم اشبه الخنزير

(فصل) وإن قبضت بعض الحرام دون بعض سقط من المهر بقدر ماقبض ووجب بحصة مابقي من مهر المثل فان كان الصداق عشرة زقاق خمر متساوية فقبضت منها خمسة سقط نصف المهر ووجب لها نصف مهر المثل وإن كانت مختلفة اعتبر ذلك بالكيل في أحد الوجهين لانه اذا وجب اعتباره اعتبر ذلك بالكيل فيما له مثل يتأتى الكيل فيه (والثاني) يقسم على عددها لانه لا قيمة لها فاستوى كبيرها وصغيرها وإن أصدقها عشرة خنازير ففيه الوجهان (أحدهما) يقسم على عددها لما ذكرنا (والثاني) تعتبر قيمتها كأنها مما يجوز كما تقوم شجاج الحر كأنه عبد ، وإن أصدقها كلبا وخنزيرين وثلاث زقاق خمر ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يقسم على قدر قيمتها عندهم (والثاني) يقسم على عدد الاجناس فيجعل لكل جنس ثلث المهر (والثالث) يقسم على العدد فلكل واحد سدس المهر وللكلب سد

ولنا أنها كافأت زوجها في الكمال فلم يثبت لها الخيار كما لو أسلمت الكتابية تحت مسلم فأما خبر الاسود عن عائشة فقد روى عنها القاسم بن محمد وعروة أن زوج بريرة كان عبداً وهما أخص بها من الاسود لأنهما ابن أخيها وابن أختها وقد روي الاعمش عن ابراهيم عن الاسود عن عائشة أن زوج بريرة كان عبداً فتعارضت روايتاه وقال ابن عباس كان زوج بريرة عبداً أسود لبني المغيرة يقال له مغيث رواه البخاري وغيره وقالت صفية بنت أبي عبيد كان زوج بريرة عبداً قال أحمد هذا ابن عباس وعائشة قالا في زوج بريرة إنه عبد ورواية علماء المدينة وعملهم وإذا روى أهل المدينة حديثاً وعملوا به فهو أصح شيء. وإنما يصح أنه حر عن الاسود وحده وأما غيره فليس بذاك قال والعقد صحيح فلا يفسخ بالمختلف فيه والحر فيه اختلاف والعبد لا اختلاف فيه ويخالف الحر العبد لان العبد ناقص فاذا كملت تحته تضررت ببقائها عنده بخلاف الحر

(فصل) وفرقة الخيار فسخ لا ينقص بها عدد الطلاق نص عليه أحمد ولا أعلم فيه خلافا قيل لاحمد لم لا يكون طلاقا ؟ قال لان الطلاق ما تكلم به الرجل ولأنها فرقة لاختيار المرأة فكانت فسخاً كالفسخ لعنة أو عته .

ولكل واحد من الخنزير والزقاق مدمه ومذهب الشافعي على نحو هذا

(فصل) فان نكحها نكاحا فاسداً وهو مالا يقرون عليه إذا أسلموا كنكاح ذوات الرحم فأسلما قبل الدخول أو ترافعوا الينا فرق بينهما ولا مهر لها ، قال احمد في المجوسية تكون تحت أخيها أو أبيها فيطلقها أو يموت عنها فترتفع الى المسلمين لا مهر لها وذلك لانه نكاح باطل من أصله لا يقر عليه في الاسلام وجدت فيه الفرقة قبل الدخول ، وأما إن دخل بها فهل يجب مهر المثل ؟ يخرج على روايتين في المسلم اذا وطيء امرأة من محارمه بشبهة

(فصل) اذا تزوج ذمي ذمية على أن لا صداق لها أو سكت عن ذكره فلها المطالبة بفرضه إن كان قبل الدخول وإن كان بعده فلها مهر المثل كما في نكاح المسلمين وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة إن تزوجها على انه لا مهر لها فلا شيء لها وإن سكت عن ذكره فعنه روايتان (إحداهما لا مهر لها) (والاخرى) مهر المثل ، واحتج بأن المهر يجب لحق الله وحقها وقد أسقطت حقها والذي يطالب به حق الله تعالى

ولنا ان هذا نكاح خلا عن تسمية فيجب للمرأة فيه مهر المثل كالمسلمة وانما وجب المهر في حق المسلمة لئلا تصير كالموهوبة والمباحة وهذا يوجد في حق الذمي

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه : اذا أسلم الزوجان معا أو أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما سواء كان قبل الدخول أو بعده وليس بين أهل العلم في هذا اختلاف بحمد الله ، وذكر ابن المنذر انه اجماع من أهل العلم وذلك لانه لم يوجد منهم اختلاف وقد روى أبو داود عن ابن عباس ان رجلا جاء مسلما على عهد النبي ﷺ ثم جاءت امرأته بعده فقال يارسول الله انها كانت أسلمت

﴿ مسئلة ﴾ قال (رحمه الله تعالى فان أعتق قبل أن تختار أو وطئها بطل خيارها علمت أن الخيار لها أو لم تعلم)

وجملة ذلك أن خيار المعتقة على التراخي مالم يوجد أحد هذين الامرين عتق زوجها أو وطئه لها ولا يمنع الزوج من وطئها وممن قال إنه على التراخي مالك والاوزاعي وروي ذلك عن عبدالله ابن عمر واخته حفصة وبه قال سليمان بن يسار ونافع والزهري وقتادة وحكاه بعض أهل العلم عن الفقهاء السبعة وقال أبو حنيفة وسائر العراقيين لها الخيار في مجلس العلم والشافعي ثلاثة أقوال (أظهرها) كقولنا (والثاني) أنه على الفور كخيار الشفعة (والثالث) أنه إلى ثلاثة أيام

ولنا ما روى الامام أحمد في المسند باسناده عن الحسن بن عمرو بن أمية قال سمعت رجالا يتحدثون عن النبي ﷺ « أنه قال إذا اعتقت الامة فهي بالخيار مالم يطأها ان شاءت فارقته وان وطئها فلا خيار لها » رواه الاثرم أيضا وروي أبو داود أن بريرة عتقت وهي عند مغيث عبد لآل أبي أحمد فخيرها النبي ﷺ فقال « لها إن قربك فلا خيار لك » ولانه قول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم في عصرهم قال ابن عبدالبر لا أعلم لابن عمر وحفصة مخالفا من الصحابة ولان الحاجة داعية إلى ذلك فثبت كخيار القصاص أو خيار لدفع ضرر متحقق فأشبه ما قلناه. إذا ثبت هذا فمتى عتق قبل أن تختار

معي فردها عليه ، ويعتبر تلفظهما بالاسلام دفعة واحدة لئلا يسبق أحدهما صاحبه فيفسد النكاح . ويحتمل أن يقف على المجلس كالقبض ونحوه فان حكم المجلس كله حكم حالة العقد ولانه يتعذر اتفاقهما على النطق بكلمة الاسلام دفعة واحدة فلو اعتبر ذلك لوقعت الفرقة بين كل مسلمين قبل الدخول إلا في النادر فيبطل الاجماع ، واذا أسلم زوج الكتابية قبل الدخول أو بعده أو أسلما معا فالنكاح باق بحاله سواء كان زوجها كتابيا أو غير كتابي لان المسلم ابتداء نكاح الكتابية فاستدامته أولى ، ولا خلاف في هذا بين القائلين بجواز نكاح الكتابية للمسلم

﴿ مسئلة ﴾ (فان أسلمت الكتابية قبله وقبل الدخول تعجلت الفرقة سواء كان زوجها كتابيا أو غير كتابي إذ لا يجوز لكافر نكاح المسلمة) قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم

﴿ مسئلة ﴾ (فان كانت هي المسلمة فلا مهر لها ، وإن كان هو المسلم قبلها فلها نصف المهر وعنه لا مهر لها)

وجملة ذلك ان الفرقة اذا حصلت قبل الدخول باسلام المرأة فلا شيء لها لان الفرقة من جهتها وبهذا قال الحسن ومالك والزهري والاوزاعي وابن شبرمة والشافعي وعن أحمد رواية أخرى أن لها نصف المهر اذا كانت هي المسلمة اختارها أبو بكر وبه قال قتادة والثوري ويقتضيه قول أبي حنيفة لان الفرقة حصلت من قبله بامتناعه من الاسلام وهي فعلت مافرض الله عليها فكان لها نصف مافرض

سقط خيارها لان الخيار لدفع الضرر بالرق وقد زال بعتقه فسقط كالمبيع إذا زال عيبه وهذا أحد قولي الشافعي وان وطئها بطل خيارها علمت بالخيار أو لم تعلم نص عليه أحمد وهو قول من سمينا في صدر المسئلة وذكر القاضي وأصحابه أن لها الخيار وان أصيبت ما لم تعلم فان أصابها بعد علمها فلا خيار لها وهذا قول عطاء والحكم وحماد والثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق لأنها إذا أمكنت من وطئها قبل علمها فلم يوجد منها ما يدل على الرضا فهو كما لو لم تصب

ولنا ماتقدم من الحديث وروى مالك عن ابن شهاب عن عروة أن مولاة لبني عدي يقال لها زبراء أخبرته انها كانت تحت عبد فعتقت قالت فأرسلت إلي حفصة فدعتني فقالت ان أمرك بيدك مالم يمسك زوجك فان مسك فليس لك من الامر شيء فقلت هو الطلاق ثم الطلاق ففارقته ثلاثا ، وقال مالك عن نافع عن ابن عمر ان لها الخيار مالم يمسها ولأنه خيار عيب فيسقط بالتصرف فيه مع الجهالة كخيار الرد بالعيب ولا تفريع على هذا القول فأما على القول الآخر فاذا وطئها وادعت الجهالة بالعتق وهي ممن يجوز خفاء ذلك عليها مثل أن يعتقها سيدها في بلد آخر فالقول قولها مع يمينها لان الاصل عدم ذلك ، وان كانت ممن لايخفى ذلك عليها لكونها في بلد واحد وقد اشتهر ذلك لم يقبل قولها لانه خلاف الظاهر وان علمت العتق وادعت الجهالة بثبوت الخيار فالقول قولها لان ذلك لا يعلمه إلا خواص الناس ، والظاهر صدقها فيه وللشافعي في قبول قولها في ذلك قولان

الله لها كما لو علق طلاقها على الصلاة فصلت ، ونقل عن أحمد في مجوسي أسلم قبل أن يدخل بامرأته فلا شيء لها من الصداق لما ذكرنا ، ووجه الاولى ان الفرقة حصلت باختلاف الدين وقد حصل باسلامها فكانت الفرقة حاصلة بفعلها فلم يجب لها شيء كما لو ارتدت ويفارق تعليق الطلاق فانه من جهة الزوج ولهذا لو علقه على دخولها فدخلت وقعت الفرقة ولها نصف المهر ، فأما إن حصلت الفرقة باسلام الزوج فللمرأة نصف المسمى إن كانت التسمية صحيحة أو نصف مهر المثل إن كانت فاسدة مثل أن يصدقها خمراً أو خنزيراً لان الفرقة حصلت بفعله وعنه لا مهر لها لان الفرقة جاءت من قبلها لكونها امتنعت من الدخول في الاسلام

(فصل) اذا انفسخ النكاح باحد الزوجين قبل الدخول مثل ان يسلم احد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين تعجلت الفرقة على ماذكرنا ويكون ذلك فسخا لا طلاقا وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تتعجل الفرقة بل ان كان في دار الاسلام عرض على الآخر فان أبى وقعت الفرقة حينئذ وان كان في دار الحرب وقف ذلك على انقضاء عدتها فان لم يسلم الآخر وقعت الفرقة فان كان الاباء من الزوج كان طلاقا لان الفرقة حصلت من قبله فكان طلاقا كما لو لفظ به وان كان من المرأة كان فسخا لان المرأة لا تملك الطلاق وقال مالك ان كانت هي المسلمة عرض عليه الاسلام فان أسلم والا وقعت الفرقة وان كان هو المسلم تعجلت الفرقة لقوله سبحانه (ولا تمسكوا بعصم الكوافر)

(فصل) فان أعتق العبد والامة دفعة واحدة فلا خيار لها ، والنكاح بحاله سواء أعتقها رجل واحد او رجلان نص عليه احمد وعنه لها الخيار والاول أولى لان الحرية الطارئة بعد عتقها تمنع الفسخ فالمقارنة أولى كاسلام الزوجين ، وعن احمد إذا عتقا معا انفسخ النكاح ومعناه والله أعلم أنه إذا وهب العبد سرية وأذن له في التسري بها ثم أعتقهما جميعا صارا حرين وخرجت عن ملك العبد فلم يكن له اصابتها إلا بنكاح جديد هكذا روى جماعة من أصحابه فيمن وهب لعبده سرية أو اشترى له سرية ثم أعتقها لا يقربها إلا بنكاح جديد واحتج احمد على ذلك بما روى نافع عن ابن عمر أن عبداً له كان له سريتان فأعتقهما فنهاه أن يقربهما إلا بنكاح جديد ولأنها باعتاقها خرجت عن أن تكون مملوكة فلم يبح له التسري بها كالحرة الاصلية وأما إذا كانت امرأته فعتقا لم ينفسخ نكاحه بذلك لانه إذا لم ينفسخ باعتاقها وحدها فلان لا ينفسخ باعتاقهما معا أولى ويحتمل أن أحمد انما أراد بقوله انفسخ نكاحها ان لها فسخ النكاح وهذا تخريج على الرواية التي تقول بان لها الفسخ اذا كان زوجها حراً

(فصل) ويستحب لمن له عبد وأمة مزوجان وأراد عتقهما البداية بالرجل لئلا يثبت للمرأة خيار عليه فيفسخ نكاحه وقد روى ابوداود والاثرم باسنادهما عن عائشة أنه كان لها غلام وجارية فتزوجا فقالت للنبي ﷺ إني أريد أن أعتقهما فقال لها « فابدئي بالرجل قبل المرأة » وعن صفية بنت أبي عبيد أنها فعلت ذلك وقالت للرجل إني بدأت بعتقك لئلا يكون لها عليك خيار

ولنا انه اختلاف دين يمنع الاقرار على النكاح فاذا وجد قبل الدخول تعجلت الفرقة كالردة (١) وعلى مالك كاسلام الزوج او كما لو أتي الآخر للاسلام لانه ان كان هو المسلم فليس له إمساك كافرة لقوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) وان كانت هي المسلمة فلا يجوز ابقاؤها في نكاح مشرك

ولنا على انها فرقة فسخ أنها فرقة باختلاف الدين فكانت فسخاً كما لو اسلم الزوج وابت المرأة ولأنها فرقة بغير لفظ فكانت فسخا كفرقة الرضاع

﴿ مسألة ﴾ (وان قالت اسلمت قبلي وأنكرها فالقول قولها)

لان المهر وجب بالعقد والزوج يدعي ما يسقطه والاصل بقاؤه ولم يعارضه ظاهر فبقي وان اتفقا على ان احدهما قبل الآخر ولا يعلمان عينه فلها نصف الصداق ذكره ابو الخطاب لما ذكرنا

وقال القاضي ان لم تكن قبضت فلا شيء لها لانها تشك في استحقاقها فلا تستحق بالشك وان كان بعد القبض لم يرجع عليها لانه يشك في استحقاق الرجوع فلا يرجع مع الشك والاول أصح لان اليقين لا يزول بالشك وكذلك اذا تيقن الطهارة وشك في الحدث او تيقن الحدث وشك في الطهارة بني على اليقين وهذه كان صداقها واجبا وشكا في سقوطه فيبقى على الوجوب

(مسألة) (وإن قال الزوج أسلمنا معا فنحن على النكاح فانكرته ففيه وجهان)

(١) لعله قال

(فصل) إذا عتقت المجنونة والصغيرة فلاخيار لها في الحال لانه لاعقل لها ولا قول معتبر ولا يملك وليهما الاختيار عنهما لان هذا طريقه الشهوة فلا يدخل تحت الولايه كالاقتصاص، فاذا بلغت الصغيرة وعقلت المجنونة فلهما الخيار حينئذ لكونهما صارتا على صفة لكل منهما حكم وهذا الحكم فيما لو كان بزوجيهما عيب يوجب الفسخ فان كان زوجاهما قد وطئاهما فظاهر كلام الخرقي أنه لاخيار لهما لان مدة الخيار انقضت، وعلى قول القاضي وأصحابه لهما الخيار لانه لارأي لهما فلا يكون تمكينهما من الوطء دليلا على الرضى بخلاف الكبيرة العاقلة ولا يمنع زوجاهما من وطئهما

﴿مسئلة﴾ قال رحمه الله (فان كانت لنفسين فاعتق أحدهما فلاخيار لها اذا كان المعتق معسرا)

إنما شرط الاعسار في المعتق لان الموسر يسري عتقه إلى جميعها فتصير حرة ويثبت لها الخيار والمعسر لا يسري عتقه بل يعتق منها ما أعتق وباقيها رقيق فلا تكمل حريتها فلا يثبت لها الخيار حينئذ وهذا قول الشافعي، وعن أحمد أن لها الخيار حكاها أبو بكر واختارها لانها أكمل منه فانها ترث وتورث وتحجب بقدر مافيها من الحرية، ووجه قول الخرقي أنه لانص في المعتق بعضها ولا هي في معنى الحرة الكاملة لانها كاملة الاحكام وأيضا ماقال به أحمد وهو أن العقد صحيح فلا يفسخ بالمختلف فيه وهذه مختلف فيها

(فصل) ولو زوج أمة قيمتها عشرة بصداق عشرين ثم أعتقها في مرضه بعد الدخول بها ثم مات

قال القاضي القول قول المرأة لان الظاهر معها اذ يبعد اتفاق الاسلام منهما دفعة واحدة والقول قول من الظاهر معه وكذلك كان القول قول صاحب اليد وفيه وجه آخر ذكره أبو الخطاب أن القول قول الزوج لان الاصل بقاء النكاح والفسخ طارىء عليه فكان القول قول من يوافق قوله الاصل كالمنكر وللشافعي قولان كهذين الوجهين

(فصل) فان اختلفا بعد الدخول فقال الزوج أسلمنا معا أو أسلم الثاني منا في العدة فنحن على النكاح وتقول هي بل أسلم الثاني بعد العدة فانفسخ النكاح ففيه وجهان (أحدهما) القول قوله لان الاصل بقاء النكاح (والثاني) القول قولها لان الاصل عدم اسلام الثاني

﴿مسئلة﴾ (وان أسلم أحدهما بعد الدخول وقف الامر على انقضاء العدة فان أسلم الثاني قبل انقضائها فهما على نكاحهما والابينا أن الفرقة وقعت من حين أسلم الاول)

روي عن أحمد رحمه الله في هذه المسئلة روايتان (احداهما) أن الامر يقف على انقضاء العدة على أما ذكرنا وهذه الرواية التي ذكرها الخرقي فعلى هذا اذا لم يسلم الثاني في العدة لا يحتاج الى استئناف العدة وهذا قول الزهري والليث والحسن بن صالح والاوزاعي والشافعي واسحاق ونحوه عن عبد الله بن عمر ومجاهد ومحمد بن الحسن (والثانية) تتعجل الفرقة كما قبل الدخول وهذا اختيار الخلال وصاحبه وقول الحسن وطاوس وعكرمة وقتادة والحكم وروي ذلك عن عمر بن عبد العزيز ونصرها ابن المنذر

ولا يملك غيرها وغير مهرها بعد استيفائه عتقت لأنها تخرج من الثلث ولها الخيار وان لم تكن قبضته عتق ثلثها في الحال وفي الخيار لها وجهان فكلما اقتضي من مهرها شيء عتق منها بقدر ثلثه فاذا استوفي كله عتقت كلها ولها الخيار حينئذ عند من لم يثبت لها الخيار قبل ذلك فان كان زوجها قد وطئها قبل استيفاء مهرها فقد بطل خيارها عند من جعل لها الخيار حينئذ لأنها أسقطته بتمكينه من وطئها وعلى قول الخرقي لا يبطل لأنها مكنت منه قبل ثبوت الخيار لها فأشبه مالو مكنت منه قبل عتقها ، فأما ان عتقت قبل الدخول بها فلا خيار لها على قول الخرقي لان فسخها النكاح يسقط به صداقها فيعجز الثلث عن كل قيمتها فيرق ثلثاها ويسقط خيارها فيفضي اثبات الخيار لها الى اسقاطه فيسقط وهذا مذهب الشافعي وعند أبي بكر لها الخيار فعلى قول من أوجب لسيدها نصف المهر فاذا استوفي عتق ثلثاها وعلى قول من أسقطه يعتق ثلثها

﴿مسئلة﴾ قال (فان اختارت المقام معه قبل الدخول أو بعده فالمهر للسيد وإن اختارت فراقه قبل الدخول فلا مهر لها وإن اختارته بعد الدخول فالمهر للسيد)

وجملته أن المعتقة إن اختارت المقام مع الزوج قبل الدخول أو بعده أو اختارت الفسخ بعد الدخول فالمهر واجب لانه واجب بالعقد فاذا اختارت المقام فلم يوجد له مسقط ، وإن فسخت بعد

وقول أبي حنيفة ههنا كقوله فيما قبل الدخول الا أن المرأة إذا كانت في دار الحرب فانقضت عدتها وحصلت الفرقة لزمها استئناف العدة وقال مالك ان أسلم الرجل قبل امرأته عرض عليها الاسلام فان أسلمت والا وقعت الفرقة وان كانت غائبة تعجلت الفرقة وان أسلمت المرأة قبله وقف الامر على انقضاء العدة واحتج بتعجيل الفرقة بقوله سبحانه (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) ولان ما يوجب فسخ النكاح لا يختلف بما قبل الدخول وبعده كالرضاع

ولنا ما روى مالك في موطئه عن ابن شهاب كان بين اسلام صفوان بن أمية وامرأته بنت الوليد ابن المغيرة نحو من شهر اسلمت يوم الفتح وبقي صفوان حتى شهد حنينا والطائف وهو كافر ثم أسلم ولم يفرق النبي ﷺ بينهما واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح قال ابن عبد البر وشهرة هذا الحديث أقوى من اسناده وقال ابن شهاب أسلمت أم حكيم يوم الفتح وهرب زوجها عكرمة حتى أتى اليمن فارتحلت حتى قدمت عليه اليمن فدعته إلى الاسلام فأسلم وقدم فبايع فثبتا على نكاحهما وقال ابن شبرمة كان الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يسلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة المرأة فهي امرأته فان أسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما ولان أبا سفيان خرج فأسلم عام الفتح قبل دخول النبي صلى الله عليه وسلم مكة ولم تسلم هند امرأته حتى فتح النبي ﷺ مكة فثبتا على النكاح وأسلم حكيم بن حزام قبل امرأته وخرج أبو سفيان بن الحارث وعبد الله بن

الدخول فقد استقر بالدخول فلم يسقط بشيء وهو للسيد في الحالين لانه وجب بالعقد في ملكه والواجب المسمى في الحالين سواء كان الدخول قبل العتق أو بعده ، وقال أصحاب الشافعي إن كان الدخول قبل العتق أو بعده فالواجب المسمى وإن كان بعده فالواجب مهر المثل لان الفسخ استند الى حالة العتق فصار الوطء في نكاح فاسد

ولنا أنه عقد صحيح فيه مسمى صحيح اتصل به الدخول قبل الفسخ فأوجب المسمى كما لو لم يفسخ ، ولانه لو وجب بالوطء بعد الفسخ لكان المهر لها لانها حرة حينئذ ، وقولهم إن الوطء في نكاح فاسد غير صحيح فانه كان صحيحاً ولم يوجد مايفسده ويثبت فيه أحكام الوطء في النكاح الصحيح من الاحلال للزوج الاول والاحصان وكونه حلالا ، وأما إن اختارت الفسخ قبل الدخول فلا مهر لها نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي . وعن احمد رواية أخرى للسيد نصف المهر لانه وجب للسيد فلا يسقط بفعل غيره .

ولنا أن الفرقة جاءت من قبلها فسقط مهرها كما لو أسلمت أو ارتدت أو أرضعت من يفسخ نكاحها رضاعه ، وقوله وجب للسيد قلنا لكن بواسطتها ولهذا سقط نصفه بفسخها وجميعه باسلامها وردتها

(فصل) ولو كانت مفوضة ففرض لها مهر المثل فهو للسيد أيضا لانه وجب بالعقد في ملكه لا بالفرض ، وكذلك لو مات أحدهما وجب والموت لا يوجب فدل على أنه وجب بالعقد ، وإن كان

أبي أمية عام الفتح فلقيا النبي صلى الله عليه وسلم بالابواء فأسلما قبل نسائهما ولم يعلم أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين أحد ممن أسلم وبين امرأته ويبعد أن يتفق اسلامهما معا ويفارق ما قبل الدخول فانه لا عدة لها فتتعجل البينونة كالمطلقة واحدة وههنا لها عدة فاذا انقضت تبينا وقوع الفرقة من حين أسلم الاول فلا يحتاج الى عدة ثانية لان اختلاف الدين سبب الفرقة فتحسب الفرقة منه كالطلاق فعلى هذه الرواية لو وطئها الزوج في عدتها ولم يسلم الثاني فيها فلها عليه المهر ويؤدب لانا تبينا أنه وطئها بعد البينونة وانفساخ النكاح فيكون واطئا في غير ملك وان أسلم فلا شيء لها لانا تبينا أن النكاح لم ينفسخ وانه وطئها في نكاحه فلم يكن عليه شيء

(فصل) فان أسلم أحد الزوجين وتخلف الآخر حتى انقضت العدة انفسخ النكاح في قول عامة العلماء قال ابن عبد البر لم يختلف العلماء في هذه الاشياء روي عن النخعي شذ فيه عن جماعة العلماء فلم يتبعه عليه أحد زعم أنها ترد الى زوجها وان طالت المدة لما روى ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد زينب على زوجها أبي العاص بنكاحها الاول رواه أبو داود واحتج به أحمد قيل له أليس يروى أنه ردها بنكاح مستأنف ؟ قال ليس لذلك أصل قيل كان بين اسلامها وردها اليه ثمان سنين

ولنا قوله تعالى (لاهن حل لهم ولا هم يحلون لهن) وقوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) والاجماع المنعقد على تحريم فروج المسلمات على الكفار. وأما قصة أبي العاص مع امرأته فقال ابن

الفسخ قبل الدخول والفرض فلا شيء إلا على الرواية الاخرى ينبغي أن تجب المتعة لانها تجب بالفرقة قبل الدخول في موضع لو كان مسمى وجب نصفه

(فصل) فان طلقها طلاقا بائنا ثم أعتقت فلا خيار لها لان الفسخ انما يكون في نكاح ولا نكاح ههنا ، وإن كان رجعيا فلها الخيار في العدة لان نكاحها باق فيمكن فسخه ولها في الفسخ فائدة فانها لا تأمن رجعته اذا لم يفسخ فان قيل فيفسخ حينئذ قلنا اذاً تحتاج الى عدة أخرى واذا فسخت في عدتها ثبتت على مامضى من عدتها ولم تحتج الى عدة أخرى لانها معتدة من الطلاق والفسخ لا ينافيها ولا يقطعها فهو كما لو طلقها طلقة أخرى وينبني على عدة حرة لانها عتقت في أثناء العدة وهي رجعية فان اختارت المقام بطل خيارها ، وقال الشافعي لا يبطل لانها اختارت المقام مع جريانها الى البينونة وذلك ينافي اختيار المقام

ولنا أنها حالة يصح فيها اختيار الفسخ فصح اختيار المقام كصلب النكاح وإن لم تختر شيئا لم يسقط خيارها لانه على التراخي ولان سكوتها لا يدل على رضاها لاحتمال أنه كان لجريانها الى بينونة اكتفاء منها بذلك فان ارتجعها فلها الفسخ حينئذ فان فسخت ثم عاد فتزوجها بقيت معه بطلقة واحدة لان طلاق العبد اثنتان وإن تزوجها بعد أن أعتق رجعت معه على طلقتين لانه صار حراً فملك ثلاث طلقات كسائر الأحرار

عبد البر لا يخلو اما أن يكون قبل نزول تحريم المسلمات على الكفار فتكون منسوخة بما جاء بعدها أو تكون حاملا استمر حملها حتى أسلم زوجها أو مريضة لم تحض ثلاث حيضات حتى أسلم أو تكون ردت اليه بنكاح جديد فقد روى ابن أبي قتيبة في سننه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم ردها على أبي العاص بنكاح جديد رواه الترمذي وقال سمعت عبد بن حميد يقول سمعت يزيد بن هارون يقول حديث ابن عباس أجود اسناد او العمل على حديث عمرو بن شعيب

(مسئلة) (فان أسلمت قبله فلها نفقة العدة)

لانه يتمكن من الاستمتاع وابقاء نكاحها باسلامه معها فكانت لها النفقة كالرجعية وسواء أسلم في عدتها أو لم يسلم فان قيل اذا لم يسلم تبينا أنها بائن باختلاف الدين فكيف تجب النفقة للبائن ؟ قلنا لانه كان يمكن الزوج تلافي نكاحها بل يجب عليه فكانت في معنى الرجعية وان كان هو المسلم فلا نفقة لها لانه لا سبيل الى تلافي نكاحها واستبقائها فأشبهت البائن وسواء أسلمت معه أم لا

(مسئلة) (فان اختلفا في السابق منهما فقال الزوج اسلمت قبلك فلا نفقة لك وقالت المرأة بل أنا المسلمة أولا فلها النفقة فالقول قولها في أحد الوجهين)

لان الاصل وجوب النفقة وهو يدعي سقوطها (والثاني) أن القول قوله لان النفقة انما تجب بالتمكين من الاستمتاع والاصل عدمه فان قال أسلمت بعد شهرين من اسلامي فلا نفقة لك فيها وقالت

(فصل) فان طلقها بعد عتقها وقبل اختيارها أو طلق الصغيرة والمجنونة بعد العتق وقع طلاقه وبطل خيارها لانه طلاق من زوج جائز التصرف في نكاح صحيح فنفذ كما لو لم يعتق. وقال القاضي طلاقه موقوف فان اختارت الفسخ لم يقع الطلاق لان طلاقه يتضمن ابطال حقها من الخيار وان لم تختر وقع وللشافعي قولان كهذين الوجهين وبنوا عدم الوقوع على أن الفسخ استند الى حالة العتق فيكون الطلاق واقعا في نكاح مفسوخ

ولنا انه طلاق من زوج مكلف مختار في نكاح صحيح فوقع كما لو طلقها قبل عتقها أو كما لو لم تختر وقد ذكرنا أن الفسخ يوجب الفرقة حينئذ ولا يجوز تقديم الفرقة عليه والحكم لا يتقدم سببه ولأن العدة تبتدأ من حين الفسخ لا من حين العتق وما سبقه من الوطء وطء في نكاح صحيح يثبت الاحصان والاحلال للزوج الاول ولو كان الفسخ سابقا عليه لانعكست الحال ، وقول الشافعي انه يبطل حقها من الفسخ غير صحيح فان الطلاق يحصل به مقصود الفسخ مع زيادة وجوب نصف المهر وتصير العدة عليها فان ابتداءها من حين طلاقه لا من حين فسخه ، ثم لو كان مبطلا لحقها لم يتم وإن لم تختر الفسخ كما لم يصح تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار سواء فسخ البائع أو لم يفسخ وهذا فيما إذا كان الطلاق بائنا فان كان رجعيا لم يسقط خيارها على ما ذكرنا في الفصل الذي قبل هذا ، فعلى قولهم إذا طلقها قبل الدخول ثم اختارت الفسخ سقط مهرها لأنها بانت بالفسخ وان لم يفسخ فلها نصف الصداق لأنها بانت بالطلاق

بعد شهر فالقول قوله لان الاصل عدم اسلامها في الشهر الثاني فان ادعى هو بفسخ النكاح فأنكرته انفسخ النكاح لأنه يقر على نفسه بزوال نكاحه وسقوط حقه فأشبه ما لو ادعى أنها أخته من الرضاع فكذبته .

(مسئلة) (وعنه أن الفرقة تتعجل باسلام احدهما كما قبل الدخول وقد ذكرناه)

(مسئلة) (فأما الصداق فواجب بكل حال)

يعني اذا وقعت الفرقة باسلام احدهما بعد الدخول فانه يجب لها المهر كاملا لأنه استقر بالدخول فلم يسقط بشيء فان كان مسمى صحيحاً فهو لها لان أنكحة الكفار صحيحة تثبت لها أحكام الصحة وان كان محرما قبضته فليس لها غيره لأنا لا نتعرض الى ما مضى من احكامهم وان لم يكن قبضته فلها مهر المثل لان الخمر والخنزير لا يكون صداقا لمسلمة ولا في نكاح مسلم وقد صارت أحكامهم أحكام المسلمين

(فصل) وسواء مما ذكرنا اتفق الداران أو اختلفتا وبه قال مالك والليث والاوزاعي والشافعي وقال أبو حنيفة ان أسلم أحدهما وهما في دار الحرب ودخلا دار الاسلام انفسخ النكاح ولو تزوج حربي حربية ثم دخلا دار الاسلام وعقد العهد انفسخ نكاحه لاختلاف الدارين ويقتضي مذهبه أن أحد الزوجين الذميين اذا دخل دار الحرب ناقضاً للعهد انفسخ نكاحه لان الدار انعقدت بها فعلا وحكما فوجب أن تقع الفرقة بينهما كما لو أسلمت في دار الاسلام قبل الدخول

(فصل) والمعتقة الفسخ من غير حكم حاكم لأنه مجمع عليه غير مجتهد فيه فلم يفتقر الى حاكم كالرد بالعيب في البيع بخلاف الفسخ في النكاح فانه مجتهد فيه فافتقر الى حكم الحاكم كالفسخ للاعسار

(فصل) فان اختارت المعتقة الفراق كان فسخاً ليس بطلاق وبهذا قال أبو حنيفة والثوري والحسن بن حي والشافعي وذهب مالك والاوزاعي والليث الى انه طلاق بائن قال مالك الا أن تطلق نفسها ثلاثا فتطلق ثلاثا واحتج له بقصة زبراء حين طلقت نفسها ثلاثا فلم يلغنا ان أحدا من الصحابة أنكر ذلك، ولأنها تملك الفراق فلمكت الطلاق كالرجل

ولنا قوله ﷺ «الطلاق لمن أخذ بالساق» ولانها فرقة من قبل الزوجة فكانت فسخا كما لو اختلف دينهما أو أرضعت من ينفسخ نكاحها برضاعه، وفعل زبراء ليس بحجة ولم يثبت انتشاره في الصحابة، فعلى هذا لو قالت اخترت نفسي أو فسخت النكاح انفسخ، ولو قالت طلقت نفسي ونوت المفارقة كان كناية عن الفسخ لانه يؤدي الى معناه فصح كناية عنه كالكناية بالفسخ عن الطلاق

(فصل) وان عتق زوج الامة لم يثبت له خيار لان عدم الكمال في الزوجة لا يؤثر في النكاح وكذلك لا تعتبر الكفاءة الا في الرجل دون المرأة، ولو تزوج امرأة مطلقا فبانت أمة لم يثبت له خيار ولو تزوجت المرأة رجلا مطلقا فبان عبداً كان لها الخيار وكذلك في الاستدامة لكن ان عتق ووجد الطول لحرة فهل يبطل نكاحه؟ على وجهين تقدم ذكرهما

ولنا أن أبا سفيان أسلم بمر الظهران وامرأته بمكة لم تسلم وهي دار حرب وأم حكيم أسلمت بمكة وهرب زوجها عكرمة الى اليمن وامرأة صفوان بن أمية أسلمت يوم الفتح وهرب زوجها ثم أسلموا وأقروا على أنكحتهم مع اختلاف الدين والدار بهم، ولأنه عقد معاوضة فلم ينفسخ باختلاف الدار كالبيع، ويفارق ما قبل الدخول فان القاطع للنكاح اختلاف الدين المانع من الاقرار على النكاح دون ما ذكروه، فعلى هذا لو تزوج مسلم مقيم بدار الاسلام حربية من أهل الكتاب صح نكاحه وعندهم لا يصح .

ولنا قوله تعالى (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم) ولانها امرأة يباح نكاحها اذا كانت في دار الاسلام فأبيح نكاحها في دار الحرب كالمسلمة

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وان ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر ان كانت المرتدة وإن كان هو المرتد فلها نصف المهر)

اذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح في قول عامة أهل العلم الا انه حكي عن داود انه لا ينفسخ بالردة لان الاصل بقاء النكاح

ولنا قول الله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) وقوله تعالى (فلا ترجعوهن الى الكفار لاهن حل

(فصل) واذا عتقت الامة فقالت لزوجها زدني في مهري ففعل فالزيادة لها دون سيدها سواء كان زوجها حرا أو عبدا وسواء عتق معها أولم يعتق نص عليه أحمد فيما إذا زوج عبده من أمته ثم أعتقا جميعا فقالت الامة زدني في مهري فالزيادة للامة لا للسيد ، فقيل أرأيت ان كان الزوج لغير السيد لمن تكون الزيادة ؟ قال للامة ، وعلى قياس هذا لو زوجها سيدها ثم باعها فزادها زوجها في مهرها فالزيادة للثاني ، وقال القاضي الزيادة للسيد المعتق في الموضعين على قياس المذهب لان من أصلنا ان الزيادة في الصداق تلحق بالعقد الاول فتكون كالمذكورة فيه . والذي قلناه أصح لان الملك في الزيادة انما ثبت حال وجودها بعد زوال ملك سيدها عنها فيكون لها ككسبها والموهوب لها ، وقولنا ان الزيادة تلحق بالعقد معناه أنها تلزم ويثبت الملك فيها ويصير الجميع صداقا وليس معناه انا تبينا ان الملك كان ثابتا فيها وكان لسيدها فان هذا محال ولان سبب ملك هذه الزيادة وجد بعد العتق فلا يجوز أن يتقدم الملك عليه لانه يؤدي الى تقدم الحكم قبل سببه ولو كان الملك ثابتا للمعتق فيه حين التزويج لزمته زكاته وكان له نماؤه وهذا أظهر من أن نطيل فيه

﴿ باب اجل العنين والخصي غير المجبوب ﴾

العنين هو العاجز عن الايلاج وهو مأخوذ من عن أي اعترض لان ذكره يعن اذا أراد ايلاجه أي يعترض

لهم ولاهم يحلون لهن) ولانه اختلاف دين يمنع الاصابة فوجب فسخ النكاح كما لو اسلمت تحت كافر ثم تنظر فان كانت المرأة هي المرتدة فلا مهر لها لان الفسخ من قبلها وان كان الرجل هو المرتد فعليه نصف المهر لان الفسخ من جهته فأشبه مالو طلق وان كانت التسمية فاسدة فعليه نصف مهر المثل

﴿ مسئلة ﴾ (وان كانت الردة بعد الدخول فهل تتعجل الفرقة أو تقف على انقضاء العدة ؟ على روايتين)

اختلفت الرواية عن أحمد فيما اذا ارتد احد الزوجين بعد الدخول حسب اختلافها فيما اذا أسلم أحد الزوجين الكافرين ففي احداهما تتعجل الفرقة وهو قول أبي حنيفة ومالك وروي ذلك عن الحسن وعمر بن عبد العزيز والثوري وزفر وأبي ثور وابن المنذر لان ما أوجب فسخ النكاح استوى فيه ماقبل الدخول وبعده كالرضاع (والثانية) يقف على انقضاء العدة فان أسلم المرتد قبل انقضائها فهما على النكاح وان لم يسلم حتى انقضت بانت منذ اختلاف الدينين وهذا مذهب الشافعي لان لفظه تقع به الفرقة فاذا وجد الدخول جاز ان يقف على انقضاء العدة كالطلاق الرجعي أو نقول اختلاف دين بعد الاصابة فلا يوجب فسخه في الحال كاسلام الحربية تحت الحربي ، وقياسه على اسلام أحد الزوجين أقرب من قياسه على الرضاع ولان الرضاع تحرم به المرأة على التأبيد فلا فائدة في تأخير الفسخ الى بعد انقضاء العدة

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان هو المرتد فعليه نفقة العدة)

والعنن الاعتراض وقيل لانه يعن لقبل المرأة عن يمينه وشماله ولا يقصده فاذا كان الرجل كذلك فهو عيب به ويستحق به فسخ النكاح بعد أن تضرب له مدة يختبر فيها ويعلم حاله بها وهذا قول عمر وعثمان وابن مسعود والمغيرة بن شعبة رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وعمرو بن دينار والنخعي وقتادة وحماد بن أبي سليمان وعليه فتوى فقهاء الامصار منهم مالك وأبو حنيفة وأصحابه والثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق وابو عبيد، وشذ الحكم بن عيينة وداود فقالا لا يؤجل وهي امرأته، وروي ذلك عن علي رضي الله عنه لان امرأة أتت النبي ﷺ فقالت يارسول الله ان رفاعة طلقني فبت طلاقي فتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير وانما له مثل هدبة الثوب فقال «تريدين أن ترجعي الى رفاعة؟ لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك» ولم يضرب له مدة

ولنا مار وي أن عمر رضي الله عنه أجل العنين سنة وروى ذلك الدارقطني باسناده عن عمر وابن مسعود والمغيرة بن شعبة ولا مخالف لهم، ورواه ابو حفص عن علي ولانه عيب يمنع الوطء فأثبت الخيار كالجب في الرجل والرتق في المرأة، فأما الخبر فلا حجة لهم فيه فان المدة انما تضرب له مع اعترافه وطلب المرأة ذلك ولم يوجد واحد منها، وقد روي أن الرجل أنكر ذلك وقال اني لأعركها عرك الاديم، وقال ابن عبد البر وقد صح أن ذلك كان بعد طلاقه فلا معنى لضرب المدة وصحح ذلك قول النبي ﷺ «تريدين أن ترجعي الى رفاعة» ولو كان قبل طلاقه لما كان ذلك اليها، وقيل انها ذكرت

لانه بسبيل الى الاستمتاع بها بان يسلم ويمكنه تلافي نكاحها فكانت لها النفقة كزوج الرجعية، وان كانت هي المرتدة فلا نفقة لها لانه لا سبيل للزوج الى رجعتها وتلافي نكاحها فلم يكن لها نفقة كما بعد العدة

(فصل) فان ارتد الزوجان معاً فحكمها حكم مالو ارتد أحدهما ان كان قبل الدخول تعجلت الفرقة وان كان بعده فهل تتعجل اوتقف على انقضاء العدة على روايتين وهذا مذهب الشافعي قال أحمد في رواية ابن منصور اذا ارتدا معا أو أحدهما ثم تابا أو تاب المرتد منهما فهو أحق بها ما لم تنقض العدة وقال أبو حنيفة لا ينفسخ النكاح استحساناً لانه لم يختلف بهما الدين فاشبه مالو اسلما

ولنا انها ردة طارئة على النكاح فوجب ان يتعلق بها فسخه كما لو ارتد احدهما ولان كل مازال عنه ملك المرتد اذا ارتد وحده زال اذا ارتد غيره معه كماله وماذكروه يبطل بما اذا انتقل المسلم واليهودية الى دين النصرانية فان نكاحهما ينفسخ وقد انتقلا الى دين واحد، وأما اذا أسلما فقد انتقلا الى دين الحق ويقران عليه بخلاف الردة

(فصل) وإذا ارتد احد الزوجين أو ارتدا معا منع من وطئها في عدتها فان وطئها في عدتها وقلنا ان الفرقة تعجلت فيكون عليه مهر مثلها وإن قلنا إن الفرقة تقف على انقضاء العدة فاسلم المرتد منهما أو اسلما جميعاً في عدتها وكانت الردة منها فلا مهر لها عليه بهذا الوطء لانا تبينا ان النكاح لم يزل وانه وطئها وهي زوجته وان ثبتا أو ثبت المرتد منهما على الردة حتى انقضت العدة فلها عليه مهر المثل لهذا الوطء لانه وطء

ضعفه وشبهته بهدبة الثوب مبالغة ، ولذلك قال النبي ﷺ « حتى تذوقي عسيلته » والعاجز عن الوطء لا يحصل منه ذلك

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا ادعت المرأة أن زوجها عنين لا يصل اليها أجل سنة منذ ترافعه فان لم يصبها فيها خيرت في المقام معه أو فراقه فان اختارت فراقه كان ذلك فسخا بلا طلاق)

وجملة ذلك أن المرأة اذا ادعت عجز زوجها عن وطئها لعنة سئل عن ذلك فان أنكر والمرأة عذراء فالقول قولها ، وان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه في ظاهر المذهب لان هذا أمر لا يعلم الا من جهته والاصل السلامة ، وقال القاضي هل يستحلف أولا ؟ على وجهين بناء على دعوى الطلاق فان أقر بالعجز أو ثبت ببينة على اقراره به أو أنكر وطلبت يمينه فنكل ثبت عجزه ويؤجل سنة في قول عامة أهل العلم وعن الحارث بن ربيعة أنه أجل رجلا عشرة أشهر

ولنا قول من سمينا من الصحابة ولان هذا العجز قد يكون لعنة وقد يكون لمرض فضربت له سنة لتمر به الفصول الاربعة فان كان من يبس زال في فصل الرطوبة ، وان كان من رطوبة زال في فصل الحرارة ، وان كان من انحراف مزاج زال في فصل الاعتدال فاذا مضت الفصول الاربعة واختلفت عليه الاهوية فلم تزل علم أنه خلقة وحكي عن أبي عبيد أنه قال أهل الطب يقولون الداء

في غير نكاح بشبهة النكاح لانا تبينا ان الفرقة وقعت منذ اختلف الدين وقد ذكرنا مثل ذلك فيما اذا أسلم أحد الزوجين قبل الدخول فوطئها في العدة لانه مثله

(فصل) اذا أسلم أحد الزوجين ثم ارتد نظرت فان أسلم الآخر تبينا أن الفرقة وقعت من حين اختلف الدينان وعدتها من حين أسلم المسلم منهما، وان أسلم الآخر منهما في العدة قبل ارتداد الاول اعتبر ابتداء العدة من حين ارتد لان حكم اختلاف الدين بالاسلام الاول زال باسلام الثاني في العدة ولو اسلم وتحته أكثر من أربع نسوة فأسلمن معه ثم ارتد لم يكن له ان يختار منهن لانه لا يجوز ان يبتدىء العقد عليهن في هذه الحال وكذلك لو ارتددن دونه أو معه لم يكن له ان يختار منهن كذلك

(فصل) اذا تزوج الكافر من لا يقر على نكاحها في الاسلام مثل ان جمع أختين أو بين عشر نسوة أو نكح معتدة أو مرتدة ثم طلقها ثلاثا ثم اسلما لم يكن له ان ينكحها لانا أجرينا أحكامهم على الصحة فيما يعتقدونه في النكاح فكذلك في الطلاق ولهذا جاز له امساك الثانية من الاختين والخامسة المعقود عليها آخرا

﴿ مسألة ﴾ (وان انتقل احد الكتابيين الى دين لا يقر عليه فهو كردته)

اذا انتقل الكتابي الى غير دين أهل الكتاب من الكفر لم يقر عليه لانعلم في هذا خلافاً لانه انتقل الى دين لا يقر أهله بالجزية كعبادة الاوثان وغيرها مما يستحسنه فالاصل منهم لا يقر على دينه

لا يستمر في البدن أكثر من سنة ثم يظهر، وابتداء السنة منذ ترافعه قال ابن عبد البر على هذا جماعة القائلين بتأجيله قال معمر في حديث عمر يؤجل سنة من يوم مرافعته فاذا انقضت المدة فلم يطأ فلها الخيار فان اختارت الفسخ لم يجز إلا بحكم الحاكم لانه مختلف فيه فاما أن يفسخ واما أن يرده اليها تفسخ هي في قول عامة القائلين به ولا يفسخ حتى تختار الفسخ وتطلبه لانه لحقها فلا تجبر على استيفائه كالفسخ بالاعسار فاذا فسخ فهو فسخ وليس بطلاق وهذا قول الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك والثوري يفرق الحاكم بينهما وتكون تطليقة لانه فرقة لعدم الوطء فكانت طلاقا كفرقة المولي.

ولنا أن هذا خيار ثبت لاجل العيب فكان فسخا كفسخ المشتري لاجل العيب.

(فصل) فان اتفقا بعد الفرقة على الرجعة لم يجز إلا بنكاح جديد لأنها قد بانت عنه وانفسخ النكاح فاذا تزوجها كانت عنده على طلاق ثلاث نص عليه أحمد وذكر أبو بكر فيها قولا ثانيا أنهما لا يجتمعان أبداً لأنها فرقة تتعلق بحكم الحاكم فحرمت النكاح كفرقة اللعان، والمذهب أنها تحل له لأنها فرقة لاجل العيب فلم تمنع النكاح كفرقة المعتقة والفرقة من سائر العيوب، وأما فرقة اللعان فانها حصلت للعانهما قبل تفريق الحاكم وههنا بخلافه ولان اللعان يحرم المقام على النكاح فمنع ابتداءه ويوجب الفرقة فمنع الاجتماع وههنا بخلافه ولو رضيت المرأة بالمقام أو لم تطلب الفسخ لم يجز الفسخ فكيف يصح القياس مع هذه الفروق

المنتقل اليه أولى، وان انتقل الى المجوسية لم يقر ايضاً لانه انتقل الى دين انقص من دينه فلم يقر عليه كالمسلم اذ ارتد، فأما اذا انتقل الى دين آخر من دين أهل الكتاب كاليهودي يتنصر ففيه روايتان (احداهما) لا يقر أيضاً لانه انتقل إلى دين باطل قد أقر ببطلانه فلم يقر عليه كالمرتد (والثانية) يقر نص عليه احمد وهو ظاهر كلام الخرقي واختاره الخلال وصاحبه وقول أبي حنيفة لانه لا يخرج عن دين أهل الكتاب فاشبه غير المنتقل وللشافعي قولان كالروايتين، فأما المجوسي اذا انتقل الى دين لا يقر اهله عليه يقر كأهل ذلك الدين وان انتقل إلى دين أهل الكتاب خرج فيه الروايتان وسواء فيما ذكرنا الرجل والمرأة لعموم قوله عليه الصلاة والسلام «من بدل دينه فاقتلوه» ولعموم المعنى الذي ذكرناه فيهما جميعاً

(فصل) وان انتقل الى دين غير أهل الكتاب لم يقبل منه إلا الاسلام في أحدى الروايات عن أحمد اختاره الخلال وهو أحد أقوال الشافعي لان غير الاسلام باطلة قد أقر ببطلانها فلم يقر عليها كالمرتد وعنه رواية ثانية لا يقبل منه الا الاسلام أو الذي كان عليه لان دينه الاول قد أقررناه عليه مرة لم ينتقل إلى خير منه فنقره عليه ان رجع عليه ولانه منتقل من دين يقر أهله عليه لقوله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وظاهر هذه الرواية أن الكتابي إذا انتقل إلى المجوسية أقر قد ذكرنا في أعلى هذه الصفحة أنه لا يقر ولعله أراد بقوله إلى دين يقر عليه إذا كان دين أهل الكتاب

(فصل) ومن علم أن عجزه عن الوطء لعارض من صغر أو مرض مرجو الزوال لم تضرب له المدة لان ذلك عارض يزول والعنة خلقة وجبلة لا تزول وان كان لكبر أو مرض لا يرجى زواله ضربت له المدة لانه في معنى من خلق كذلك، وان كان لجب أو شلل ثبت الخيار في الحال لان الوطء مأيوس منه ولا معنى لانتظاره، وان كان قد بقي من الذكر ما يمكن الوطء به فالاولى ضرب المدة له لانه في معنى العنين خلقة، وان اختلف في القدر الباقي هل يمكن الوطء بمثله أو لا؟ رجع إلى أهل الخبرة في معرفة ذلك.

(فصل) فأما الخصي فان الخرقي ذكره في ترجمة الباب ولم يفرده بحكم فظاهر كلامه أنه ألحقه بغيره في أنه متى لم يصل اليها أجل، وإن وصل اليها فلا خيار لها لان الوطء ممكن والاستمتاع حاصل بوطئه وقد قيل ان وطأه أكثر من وطء غيره لانه لا ينزل فيفتر بالانزال وقد ذكرنا اختلاف أصحابنا في ذلك فيما مضى، ولا فرق بين من قطعت خصيتاه والموجور وهو الذي رضت خصيتاه والمسلول الذي سلت خصيتاه فان الحكم في الجميع واحد فانه لا ينزل ولا يولد له

ليكون موافقاً لما ذكرناه أولا، وان انتقل إلى دين أهل الكتاب وقلنا لا يقر ففيه روايتان إحداهما لا يقبل إلا الاسلام والاخرى لا يقبل إلا الاسلام أو الذي كان عليه

(فصل) وان قلنا لا يقر ففي صفة إجباره روايتان [إحداهما] أنه يقتل ان لم يرجع رجلا كان أو امرأة لعموم الحديث ولانه ذمي نقض العهد فأشبه مالو نقضه بتركه أداء الجزية ويستتاب في أحد الوجهين لانه يسترجع عن دين باطل أشبه المرتد والثاني لا يستتاب لانه كافر أصلي أبيح قتله فأشبه الحربي، فعلى هذا ان بادر فأسلم أو رجع إلى ما يقر عليه عصم دمه وإلا قتل (والرواية الثانية) قال أحمد إذا دخل اليهودي في النصرانية رددته إلى اليهودية ولم أدعه فيما انتقل اليه فقيل له أتقتله؟ قال لا ولكن يضرب ويحبس، قال وإذا كان نصرانيا أو يهوديا؟ قال وان كان يهوديا أو نصرانيا دخل في المجوسية كان أغلظ لانه لا تؤكل ذبيحته ولا تنكح له امرأة ولا نتركه حتى يرد اليها، فقيل له تقتله إذا لم يرجع؟ قال انه لأهل لذلك وهذا نص في أن الكتابي المنتقل إلى دين آخر من دين أهل الكتاب لا يقتل بل يكره بالضرب والحبس.

(فصل) فان تزوج مسلم ذمية فانتقلت الى غير دين أهل الكتاب فهي كالمرتدة لان غير أهل الكتاب لا يحل نكاح نسائهم فان كان قبل الدخول انفسخ نكاحها ولا مهر لها وان كان بعده فهل يقف على انقضاء العدة أو ينفسخ في الحال على روايتين وكذلك اذا انتقلت الى دين باطل أو الى دين كانت تقر بيطلانه فأشبهت المسلمة اذا تهودت أو تنصرت والله أعلم

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وان أسلم كافر وتحته أكثر من أربع نسوة اختار منهن أربعا وفارق سائرهن)

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإن قال قد علمت اني عنين قبل أن أنكحها فان أقرت أو ثبت ببينة فلا يؤجل وهي امرأته)

وجملة ذلك أن المرأة اذا علمت عنة الرجل وقت العقد مثل أن يعلها بعنته أو تضرب له المدة وهي امرأته فينفسخ النكاح ثم يتزوجها ونحو ذلك لم تضرب له المدة وهي امرأته في قول أكثر أهل العلم منهم عطاء والثوري وابن القاسم وأصحاب الرأي وهو قول الشافعي القديم وقال في الجديد يؤجل لأنه قد يكون عنينا في نكاح دون نكاح

ولنا أنها رضيت بالعيب ودخلت في العقد عالمة به فلم يثبت لها خيار كما لو علمته مجبوبا ولأنها لو رضيت به بعد العقد أو بعد المدة لم يكن لها فسخ فكذلك اذا رضيت به في العقد كسائر العيوب ، ولو أنها رضيت بالمقام معه ثم طلقها ثم ارتجعها لم يثبت لها المطالبة كذا ههنا ، وقولهم إنها تكون في

وجملة ذلك أن الكافر اذا أسلم ومعه أكثر من أربع نسوة فأسلمن في عدتهن أو كن كتابيات لم يكن له امساكهن كلهن بغير خلاف نعلمه ولا يملك امساك أكثر من أربع فاذا أحب ذلك اختار أربعا منهن وفارق سائرهن سواء تزوجهن في عقد واحد أو عقود وسواء اختار الاوائل أو الاواخر نص عليه أحمد وبه قال الحسن ومالك والليث والاوزاعي والثوري والشافعي واسحاق ومحمد بن الحسن وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ان كان تزوجهن في عقد انفسخ نكاح جميعهن وان كان في عقود فنكاح الاوائل صحيح ونكاح ما زاد على أربع باطل لان العقد اذا تناول أكثر من أربع فتحريمه من طريق الجمع فلا يكون مخيراً فيه بعد الاسلام كما لو تزوجت المرأة زوجين في حال الكفر ثم أسلموا

ولنا ما روى قيس بن الحارث قال أسلمت وتحتي ثمان نسوة فأتيت النبي ﷺ فذكرت له ذلك فقال « اختر منهن أربعاً » رواه الامام احمد وأبو داود ، وروى محمد بن يزيد الثقفي أن غيلان بن سلمة أسلم وتحته عشر نسوة فأسلمن معه فأمره النبي ﷺ أن يتخير منهن أربعا ، رواه الترمذي ورواه مالك في موطئه عن الزهري مرسلا ورواه الشافعي في مسنده عن ابن علية عن معمر عن الزهري عن سالم عن أبيه إلا أنه غير محفوظ غلط فيه معمر وخالف فيه أصحاب الزهري . وكذلك قال الامام أحمد والترمذي وغيرهما ولأن كل عدد جاز له ابتداء العقد عليه جاز له إمساكه بنكاح مطلق في حال الشرك كما لو تزوجهن بغير شهود، وأما إذا تزوجت زوجين فنكاح الثاني باطل لأنها ملكته ملك غيرها وإن جمعت بينهما لم يصح لانها لم تملكه جميع بضعها ولان ذلك ليس بشائع عند أحد من أهل الاديان ولان المرأة ليس لها اختيار النكاح وفسخه بخلاف الرجل

(فصل) ويجب عليه ان يختار أربعاً ويفارق سائرهن أو يفارق الجميع لان النبي ﷺ أمر قيساً وغيلان بالاختيار وأمره يقتضي الوجوب ولان المسلم لا يجوز اقراره على أكثر من أربع فان أبى

نكاح دون نكاح احتمال بعيد فان العنة جبلة وخلقة لا تتغير ظاهراً ولذلك ثبت لها الفسخ بعد المدة فان ادعى عليها العلم بعنته فأنكرته فالقول قولها مع يمينها لان الاصل عدم العلم ، وإن أقرت أو ثبتت بينة ثبت نكاحها وبطل خيارها

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان علمت انه عنين بعد الدخول فسكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك ويؤجل سنة من يوم ترافعه)

لا نعلم في هذا اختلافا وذلك لان سكوتها بعد العقد ليس بدليل على الرضى لانه زمن لا تملك فيه الفسخ ولا الامتناع من استمتاعه فلم يكن سكوتها مسقطا لحقها كسكوتها بعد ضرب المدة وقبل انقضائها ولو سكتت بعد المدة لم يبطل خيارها أيضاً لان الخيار لا يثبت إلا بعد رفعه الى الحاكم وثبوت عجزه فلا يضر السكوت قبله

أجبر بالحبس والتعزير إلى أن يختار لان هذا حق عليه يمكنه إيفاؤه وهو ممتنع منه فأجبر عليه كايفاء الدين ، وليس للحاكم أن يختار عنه كما يطلق على المولي إذا امتنع من الطلاق لان الحق ههنا لغير معين وإنما تتعين الزوجات باختياره وشهوته ، وذلك لا يعرفه الحاكم فينوب عنه فيه ، فان جن خلي حتى يعود عقله ثم يجبر على الاختيار

﴿ مسئلة ﴾ (وعليه نفقتهن الى أن يختار) لانهن محبوسات عليه ولانهن في حكم الزوجات أيهن اختار جاز

(فصل) ولو زوج الكافر ابنه الصغير أكثر من أربع ثم أسلموا جميعاً لم يكن له الاختيار قبل بلوغه فانه لا حكم لقوله وليس لابيه الاختيار لان ذلك حق يتعلق بالشهوة فلا يقوم غيره مقامه فيه فاذا بلغ الصبي كان له أن يختار حينئذ وعليه النفقة الى أن يختار فان مات الزوج لم يقم وارثه مقامه لما ذكرنا في الحاكم .

(فصل) وصفة الاختيار أن يقول اخترت هؤلاء أو امسكتهن أو اخترت حبسهن أو امساكهن أو نكاحهن ، أو أمسكت نكاحهن ، أو أثبت نكاحهن ، وإن قال لما زاد على الاربع : فسخت نكاحهن كان اختياراً للاربع .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن طلق إحداهن كان اختياراً لها)

لان الطلاق لا يكون إلا في زوجة ، وإن قال فارقت هؤلاء أو اخترت فراق هؤلاء فان لم ينو به الطلاق كان اختياراً لغيرهن لقول النبي ﷺ لغيلان « اختر منهن أربعاً وفارق سائرهن » وهذا يقتضي أن يكون لفظ الفراق صريحاً وكذا في حديث فيروز الديلمي قال فعمدت الى أقدمهن صحبة ففارقتها ، وهذا الموضع اختص بهذه اللفظة فيجب أن يتخصص فيه بالفسخ فان نوى به الطلاق كان اختياراً لهن دون غيرهن .

﴿ مسـئلة ﴾ قال (وان قالت في وقت من الاوقات قد رضيت به عنينا لم يكن لها المطالبة بعد)

وجملة الامر أنها متى رضيت به عنينا بطل خيارها سواء قالت عقيب العقد أو بعد ضرب المدة أو بعد انقضائها ولا نعلم في بطلان خيارها بقولها ذلك بعد انقضاء المدة خلافا فأما قبلها فان الشافعي قال في الجديد لا يبطل خيارها لان حقها في الفسخ انما يثبت بعد انقضاء المدة فلم يصح اسقاطه قبلها كالشفيع يسقط حقه قبل البيع

ولنا أنها رضيت بالعيب بعد العقد فسقط خيارها كسائر العيوب وكما بعد انقضاء المدة وما ذكروه غير صحيح فان العنة التي هي سبب الفسخ موجودة وانما المدة ليعلم وجودها ويتحقق عليها فهي كالبينة في سائر العيوب [1] ويفارق الشفعة فان سببها البيع ولم يوجد بعد، فان قيل فلو رضيت المرأة

(١) في نسخة العقود

وذكر القاضي فيه عند الطلاق وجهين (أحدهما) أن يكون اختياراً للمفارقات لان لفظ الفراق صريح في الطلاق والاول أولى .

﴿ مسئلة ﴾ (وان وطيء احداهن كان اختياراً لها في قياس المذهب)

لانه لا يجوز إلا في ملك فيدل على الاختيار كوطء الجارية المباعة بشرط الخيار

(مسئلة) (وإن طلق الجميع أقرع بينهن فأخرج أربعاً منهن بالقرعة فكن المختارات ووقع طلاقه بهن وانفسخ نكاح البواقي وله نكاح البواقي فان كان الطلاق ثلاثاً فتى انقضت عدتهن فله أن ينكح من الباقيات لأنهن لم يطلقن منه ولا تحل له المطلقات إلا بعد زوج واصابة ، ولو أسلم ثم طلق الجميع قبل اسلامهن ثم أسلمن في العدة أمر أن يختار أربعاً منهن فاذا اختارهن تبينا أن طلاقه وقع بهن ، لأنهن زوجات ويعتددن من حين طلاقه وبان البواقي باختياره لغيرهن ولا يقع بهن طلاقه وله نكاح أربع منهن اذا انقضت عدة المطلقات لان هؤلاء غير مطلقات، والفرق بينها وبين التي قبلها أن طلاقهن قبل اسلامهن في زمن ليس له الاختيار فيه فاذا أسلمن تجدد له الاختيار حينئذ، وفي التي قبلها طلقهن وله اختيار ، والطلاق يصلح اختياراً وقد أوقعه في الجميع وليس بعضهن أولى من بعض فصرن إلى القرعة لتساوي الحقوق .

﴿ مسئلة ﴾ (وان ظاهر أو آلى من احداهن فهل يكون اختياراً لها ؟ على وجهين)

(أحدهما) لا يكون اختياراً لانه يصح في غير زوجـة (والثاني) يكون اختياراً لان حكمه لا يثبت في غير زوجة وإن قذفها لم يكن اختياراً لها لانه يقع في غير زوجة

(فصل) وإن اختار منهن أربعاً وفارق البواقي فعدتهن من حين اختار لأنهن بن منه بالاختيار

بالاعسار ثم اختارت الفسخ ملكته ، ولو آلى منها فرضيت بالمقام معه ثم طالبت بالعنة كان لها ذلك، قلنا الفرق بينهما أن النفقة يتجدد وجوبها كل يوم فاذا رضيت باسقاط مايجب لها في المستقبل لم يسقط لانها أسقطته قبل وجوبه فأشبه اسقاط الشفعة قبل البيع بخلاف العيب ولان الاعسار يعقبه اليسار فترضى بالمقام رجاء ذلك وكذلك المولي يجوزأن يكفر عن يمينه ويطأ فاذا لم يوجد ذلك ثبت لها الخيار فأما العنين إذا رضيته فقد رضيت بالعجز من طريق الخلقة وهو معنى لا يزول في العادة فافترقا

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان اعترفت أنه قد وصل اليها مرة بطل أن يكون عنيناً)

أ كثر أهل العلم على هذا يقولون متى وطيء امرأته مرة ثم ادعت عجزه لم تسمع دعواها ولم تضرب له مدة منهم عطاء وطاوس والحسن ويحيى الانصاري والزهري وعمرو بن دينار وقتادة وابن هاشم ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي وقال أبو ثور ان عجز عن عن وطئها أجل لها لانه عجز عن وطئها فيثبت حقها كما لو عجز بعد الوطء

ويحتمل ان تكون عدتهن من حين اسلم لانهن بن باسلامه وانما يبين ذلك باختياره فيثبت حكمه من حين الاسلام كما اذا اسلم احد الزوجين فلم يسلم الآخر حتى انقضت عدتهن وفرقتهن فسخ لانها تثبت باسلامه من غير لفظ فيهن وعدتهن كعدة المطلقات لانها عدة من فسخ نكاحها وان ماتت احدى المختارات وبانت منه وانقضت عدتها فله ان ينكح واحدة من المفارقات وتكون عنده على طلاق ثلاث لانه لم يطلقها قبل ذلك ، وان اختار اقل من أربع أو اختار ترك الجميع امر بطلاق أربع او تمام الاربع لان الاربع زوجات لا يبين منه الا بطلاق أو مايقوم مقامه فاذا طلق أربعا منهن وقع طلاقه وانفسخ نكاح الباقيات لاختياره لهن وتكون عدة المطلقات من حين طلق وعدة الباقيات على الوجهين

﴿مسئلة﴾ (فان مات فعلى الجميع عدة الوفاة)

هكذا ذكره في الكتاب المشروح والاولى ان من كانت منهن حاملا فعدتها بوضعه لان ذلك تنقضي به العدة في كل حال ومن كانت آيسة أوصغيرة فعدتها عدة الوفاة لانها أطول العدتين في حقها ومن كانت من ذوات القروء اعتدت أطول الاجلين من ثلاثة قروء واربعة اشهر وعشر لتنقضي العدة بيقين لان كل واحدة منهن يحتمل ان تكون مختارة او مفارقة وعدة المختارة عدة الوفاة وعدة المفارقة ثلاثة قروء فأوجبنا اطولها لتنقضي العدة بيقين كما قلنا فيمن نسي صلاة لا يعلم عينها عليه خمس صلوات هذا الذي ذكره شيخنا في كتاب المغني والكافي وهو مذهب الشافعي وهو الصحيح والقول الاول لا يصح

﴿مسئلة﴾ (والميراث لاربع منهن بالقرعة في قياس المذهب)

وعند الشافعي يوقف حتى يصطلحن وسنذكر هذا في غير هذا الموضع إن شاء الله تعالى ، وان اخترن الصلح جاز كيفما اصطلحن لان الحق لهن

ولنا أنه قد تحققت قدرته على الوطء في هذا النكاح وزوال عنته فلم تضرب له مدة كما لو لم يعجز ولان حقوق الزوجية من استقرار المهر والعدة تثبت بوطء واحد وقد وجد واما الجب فانه يتحقق به العجز فافترقا

(فصل) والوطء الذي يخرج به عن العنة هو تغييب الحشفة في الفرج لان الاحكام المتعلقة بالوطء تتعلق بتغييب الحشفة فكان وطأ صحيحا فان كان الذكر مقطوع الحشفة ففيه وجهان (أحدهما) لا يخرج عن العنة الا بتغييب جميع الباقي لانه لاحد ههنا يمكن اعتباره فاعتبر تغييب جميعه ولانه المعنى الذي يتحقق به حصول حكم الوطء (والثاني) يعتبر تغييب قدر الحشفة ليكون ما يجزيء من المقطوع مثل ما يجزيء من الصحيح وللشافعي قولان كهذين

(فصل) ولا يخرج عن العنة بالوطء في الدبر لانه ليس بمحل الوطء فأشبه الوطء فيما دون الفرج ولذلك لا يتعلق به الاحلال للزوج الاول ولا الاحصان ، وان وطئها في القبل حائضاً أو نفساء

(فصل) وإذا اسلم قبلهن وقلنا تتعجل الفرقة باختلاف الدين فلا كلام وان قلنا تقف على انقضاء العدة فلم يسلمن حتى انقضت عدتهن تبينا انهن بن منذ اختلف الدينان فان كان قد طلقهن قبل انقضاء عدتهن تبينا ان طلاقه لم يقع بهن وله نكاح أربع منهن اذا اسلمن وان كان وطئهن تبينا انه وطيء غير نسائه وان آلى منهن أو ظاهر أو قذف تبينا ان ذلك كان في غير زوجة وحكمه حكم مالو خاطب بذلك أجنبية فان أسلم بعضهن في العدة تبينا أنها زوجة فوقع طلاقه بها وكان وطؤه لها وطأ لمطلقته وان كانت المطلقة غيرها فوطؤه لها وطء لامرأته وكذلك ان كان وطؤه قبل طلاقها، وان طلق الجميع فأسلم أربع منهن أو أقل في عدتهن ولم يسلم البواقي تعينت الزوجية في المسلمات ووقع الطلاق بهن فاذا أسلم البواقي فله ان يتزوج منهن لانه لم يقع طلاقه بهن

(فصل) ولو أسلم وتحته ثمان نسوة فأسلم أربع منهن فله اختيارهن وله الوقوف الى أن يسلم البواقي فان مات اللائي أسلمن ثم أسلم الباقيات فله اختيار الميتات وله اختيار الباقيات وله اختيار بعض هؤلاء وبعض هؤلاء لان الاختيار ليس بعقد وانما هو تصحيح للعقد الاول فيهن والاعتبار في الاختيار بحال ثبوته وحال ثبوته كن أحياء ، وان أسلمت واحدة منهن وقال اخترتها جاز فاذا اختار أربعاً على هذا الوجه انفسخ نكاح البواقي وان قال للمسلمة اخترت فسخ نكاحها لم يصح لان الفسخ انما يكون فيما زاد على الاربع والاختيار للاربع وهذه من جملة الاربع الا أن يريد بالفسخ الطلاق فيقع لانه كناية ويكون طلاقه لها اختياراً لها، وان قال اخترت فلانة قبل أن تسلم لم يصح لانه ليس بوقت للاختيار لانها جارية إلى بينونة فلا يصح امساكها وان فسخ نكاحها لم ينفسخ لانه لما لم يجز الاختيار لم يجز الفسخ وان نوى بالفسخ الطلاق أو قال أنت طالق فهو موقوف فان أسلمت ولم يسلم زيادة على أربع أو أسلم زيادة فاختارها تبينا وقوع الطلاق بها والا فلا

أو محرمة أو صائمة خرج عن العنة ، وذكر القاضي أن قياس المذهب أن لا تخرج من العنة لنص احمد على أنه لا يحصل به الاحصان والاباحة للزوج الاول ولانه وطء محرم أشبه الوطء في الدبر

ولنا أنه وطء في محل الوطء فخرج به عن العنة كما لو وطئها وهي مريضة يضرها الوطء ولان العنة العجز عن الوطء ولا يبقى مع وجود الوطء فان العجز ضد القدرة فلا يبقى مع وجود ضده ، وما ذكروه غير صحيح لان تلك أحكام يجوز أن تبقى مع وجود سببها المانع أو لفوات شرط والعنة في نفسها أمر حقيقي لا يتصور بقاؤه مع انتفائه ، فأما الوطء في الدبر فليس بوطء في محله بخلاف مسئلتنا ، وقد اختار ابن عقيل أنه تنتفي به العنة لانه أصعب فمن قدر عليه فهو على غيره أقدر

(فصل) وان وطيء امرأة لم يخرج به عن العنة في حق غيرها ، واختار ابن عقيل أنه يخرج عن العنة في حق جميع النساء ، ولا تسمع دعواها عليه منها ولا من غيرها وهذا مقتضي قول أبي بكر وقول كل من قال انه يختبر بتزويج امرأة أخرى ويحكى ذلك عن سمرة وعن عمر بن عبد العزيز وذلك لان العنة خلقة وجبلة لا تتغير بتغيير النساء فاذا انتفت في حق امرأة لم تبق في حق غيرها

(فصل) وان قال كلما أسلمت واحدة اخترتها لم يصح لان الاختيار لا يصح تعليقه على شرط ولا يصح في غير معين ، وان قال كلما أسلمت واحدة اخترت فسخ نكاحها لم يصح أيضا لان الفسخ لا يتعلق بالشرط ولا بإمساكه في واحدة حتى يزيد عدد المسلمات على الاربع ، فان أراد به الطلاق فهو كما لو قال كلما أسلمت واحدة فهي طالق وفي ذلك وجهان (أحدهما) يصح لان الطلاق يصح تعليقه بالشرط ويتضمن الاختيار لها ، وكلما أسلمت واحدة كان اختياراً لها وتطلق بطلاقه (والثاني) لا يصح لان الطلاق يتضمن الاختيار والاختيار لا يصح تعليقه بالشرط

(فصل) اذا أسلم ثم أحرم بحج أو عمرة ثم أسلمن فله الاختيار لان الاختيار استدامة النكاح وتعيين المنكوحة وليس ابتداء له ، وقال القاضي ليس له اختيار وهو ظاهر مذهب الشافعي

ولنا أنه استدامة نكاح لا يشترط له رضي المرأة ولا ولي ولا شهود ولا يتجدد به مهر فجاز له في الاحرام كالرجعة

(فصل) فان أسلمن معه ثم متن قبل اختياره فله أن يختار منهن أربعاً فيكون له ميراثهن ، ولا يرث الباقيات لانهن لسن بزوجات له وان مات بعضهن فله الاختيار من الجميع فان اختار الميتات فله ميراثهن لانهن متن وهن نساؤه ، وان اختار غيرهن فلا ميراث له منهن لانهن أجنبيات ، وان لم يسلم البواقي لزم النكاح في الميتات وله ميراثهن فان وطيء الجميع قبل اسلامهن ثم أسلمن فاختار أربعا منهن فليس لهن الا المسمى لانهن زوجات ولسائرهن المسمى بالعقد الاول ، ومهر المثل للوطء الثاني لانهن أجنبيات ، وان وطئهن بعد اسلامهن فالموطوءات أولا المختارات والبواقي أجنبيات والحكم في المهر على ما ذكرنا

ولنا أن حكم كل امرأة معتبر بنفسها ولذلك لو ثبتت عنته في حقهن فرضي بعضهن سقط حقها وحدها دون الباقيات ولأن الفسخ لدفع الضرر الحاصل بالعجز عن وطئها وهو ثابت في حقها لا يزول بوطء غيرها، وقوله كيف يصح عجزه عن واحدة دون أخرى؟ قلنا قد تنهض شهوته في حق إحداها لفرط حبه إياها وميله اليها واختصاصها بجمال وجهها دون الأخرى، فعلى هذا لو تزوج امرأة فأصابها ثم أبانها ثم تزوجها فعن عنها فلها المطالبة لأنه اذا جاز أن يعن عن امرأة دون أخرى ففي نكاح دون نكاح أولى وعلى قول أبي بكر ومن وافقه لا يصح هذا بل متى وطيء مرة لم تثبت عنته أبداً

﴿ مسألة ﴾ (وان جب قبل الحول فلها الخيار في وقتها)

كأن الخرقي أراد إذا ضربت له المدة فلم يصبها حتى جب ثبت لها الخيار في الحال لاننا ننتظر الحول لنعلم عجزه، وقد علمناه ههنا يقيناً فلا حاجة إلى الانتظار . قال القاضي ويلزم على هذا أن سائر

(فصل) وان أسلم وتحته أختان اختار منهما واحدة . هذا قول الحسن والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبي عبيد، وقال ابو حنيفة في هذه كقوله في عشرة نسوة

ولنا ماروى الضحاك بن فيروز عن أبيه قال : قلت يارسول الله إني أسلمت وتحتي أختان . قال « طلق أيتهما شئت » رواه ابو داود وابن ماجه وغيرهما ولأن أنكحة الكفار صحيحة وانما حرم الجمع في الاسلام وقد أزاله فصح كما لو طلق احداهما قبل إسلامه ثم أسلم والاخرى في حباله وكذلك الحكم في المرأة وعمتها وخالتها لان المعنى في الجميع واحد

(فصل) ولو تزوج وثنية فأسلمت قبله ثم تزوج في شركه أختها ثم أسلما في عدة الاولى فله أن يختار منهما لانه أسلم وتحته أختان، وإن أسلم هو قبلها لم يكن له أن يتزوج أختها في عدتها ولا أربعاً سواها فان فعل لم يصح النكاح الثاني فاذا أسلمت الاولى في عدتها فنكاحها لازم لانها انفردت به

(فصل) وإذا تزوج أختين فدخل بهما ثم أسلم وأسلمتا معه فاختار إحداهما لم يطأها حتى تنقضي عدة الاخرى لئلا يكون واطئاً لأحد الاختين في عدة الاخرى وكذلك اذا أسلم وتحته أكثر من أربع قد دخل بهن فأسلمن معه وكن ثمانيا فاختار أربعا منهن وفارق أربعا لم يطأ واحدة من المختارات حتى تنقضي عدة المفارقات لئلا يكون واطئا لأكثر من أربع، فان كن خمسا ففارق احداهن فله وطء ثلاث من المختارات ولا يطأ الرابعة حتى تنقضي عدة المفارقة، وان كن ستا ففارق اثنتين فله وطء اثنتين من المختارات وان كن سبعا ففارق ثلاثا فله وطء واحدة من المختارات ولا يطأ الباقيات حتى تنقضي عدة المفارقات فكلما انقضت عدة واحدة من المفارقات فله وطء واحدة من المختارات هذا قياس المذهب

العيوب الحادثة بعد العقد يثبت بها الخيار فان الخيار ههنا انما يثبت بالجب الحادث ولولاه لم يثبت الفسخ لانا لم نتيقن عنته والجب حادث فلما ثبت الفسخ به علم أنه انما استحق بالعيب الحادث، وفي بعض النسخ قبل الدخول ومعناهما واحد ويحتمل أنه انما استحق الفسخ ههنا بالجب الحادث لانه متضمن مقصود العنة في العجز عن الوطء ومحقق للمعنى الذي ادعته المرأة بخلاف غيره من العيوب والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان زعم أنه قد وصل اليها وادعت أنها عذراء أريت النساء الثقات فان شهدن بما قالت أجل سنة)

وجملته أن المرأة إذا ادعت عنة زوجها فزعم أنه وطئها وقالت انها عذراء أريت النساء فان شهدن بعذرتها فالقول قولها ويؤجل وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وإنما كان كذلك لان الوطء يزيل عذرتها فوجودها يدل على عدم الوطء. فان ادعى ان عذرتها عادت بعد الوطء فالقول

(فصل) وإن تزوج أختين في حال كفره فأسلم وأسلمتا معاً قبل الدخول فاختار احداهما فلا مهر للأخرى لانا تبينا أن الفرقة وقعت باسلامهم جميعا فلا تستحق مهراً كما لو فسخ النكاح لعيب في احداهما ولانه نكاح لايقر عليه في الاسلام فلا يجب به مهر اذا لم يدخل بها كما لو تزوج المجوسي أخته ثم أسلما قبل الدخول وهذا الحكم فيما زاد على الاربع اذا أسلموا جميعا قبل الدخول فاختار أربعا وانفسخ نكاح البواقي فلا مهر لهن فيما ذكرنا والله أعلم

﴿مسئلة﴾ (وإن كانتا أما وبنتا ولم يدخل بالام انفسخ نكاحها ، وإن كان دخل بالام فسد نكاحهما)

أما اذا كان اسلامهم جميعا قبل الدخول فانه يفسد نكاح الام ويثبت نكاح البنت وهذا أحد قولي الشافعي واختيار المزني ، وقال في الآخر يختار أيتهما شاء لان عقد الشرك انما يثبت له حكم الصحة اذا ضم اليه الاختيار فاذا اختار الام فكأنه لم يعقد على البنت

ولنا قول الله تعالى (وأمهات نسائكم) وهذه أم زوجته فتدخل في عموم الآية ولانها أم زوجته فتحرم عليه كما لو طلق ابنتها في حال شركه ، ولانه لو تزوج البنت وحدها ثم طلقها حرمت عليه أمها اذا أسلم فاذا لم يطلقها وعسك بنكاحها أولى ، وقولهم انما يصح العقد بانضمام الاختيار اليه غير صحيح فان أنكحة الكفار صحيحة ثبت لها أحكام الصحة وكذلك لو انفردت كان نكاحها صحيحا لازما من غير اختيار ولهذا فوض اليه الاختيار ههنا ولا يصح أن يختار من ليس نكاحها صحيحا وانما اختصت الام بفساد نكاحها لانها تحرم بمجرد العقد على ابنتها على التأبيد فلم يكن له اختيارها والبنت لاتحرم قبل الدخول بأمها فتعين النكاح في أمها بخلاف الاختين

(فصل) فان كان دخل بالام أو بهما حرم نكاحهما على التأبيد الام لانها أم زوجته والبنت لانها ربيبة مدخول بأمها . قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم وهو قول الحسن

قولها لان هذا بعيد جداً ، وان كان متصوراً،وهل تستحلف المرأة ؟ يحتمل وجهين(أحدهما)تستحلف لازالة هذا الاحتمال كما يستحلف سائر من قلنا القول قوله (والآخر) لاتستحلف لان ما يبعد جداً لاالتفات اليه لاحتمال كذب البينة العادلة وكذب المقر في إقراره،وهل يقبل قول امرأة واحدة؟ على روايتين ، وهذا الذي ذكره الخرقي فيما إذا اختلفا في ابتداء الامر قبل ضرب الاجل فان اختلفا في ذلك بعد ضرب المدة وشهد النساء بعذرتها لم تنقطع المدة وان كان بعد انقضاء المدة فحكمه كحكم من اعترف انه لم يطأها ،وفي كل موضع شهد النساء بزوال عذرتها فالقول قوله فيسقط حكم قولها لانه تبين كذبها ،وان ادعت أن عذرتها زالت بسبب آخر فالقول قوله لان الاصل عدم الاسباب

وعمر بن عبد العزيز وقتادة ومالك وأهل الحجاز والثوري وأهل العراق والشافعي ومن تبعهم فان دخل بالبنت وحدها ثبت نكاحها وفسد نكاح أمها كما لو لم يدخل بهما،وان لم يسلم معه إلا احداهما كان الحكم كما لو أسلمتا معه معا ، فان كانت المسلمة هي الام فهي محرمة عليه على كل حال ، وإن كانت البنت ولم يكن دخل بأمها ثبت نكاحها وإن كان دخل بها فهي محرمة على التأبيد ، وان كان قد وطيء احداهما حرمت الاخرى على التأبيد ولم تحرم الموطوءة، وإن لم يكن وطيء واحدة منهما فللموطء أيتهما شاء فاذا وطئها حرمت الاخرى على التأبيد والله أعلم

(فصل) واذا أسلم عبد وتحته زوجتان قد دخل بهما وأسلمتا في العدة فهما زوجتاه وإن كن أكثر اختار منهن اثنتين لانه حكم العبد فيما زاد على الاربع ،فاذا أسلم وتحته زوجتان فأسلمتا معه أو في عدتهم لزم نكاحه حرتين كانتا أو أمتين أو حرة وأمة لان له الجمع بينهما في ابتداء نكاحه فكذلك في اختياره وإن كن أكثر اختار منهن اثنتين بناء على ما مضى في الحر فلو كان تحته حرتان وأمتان فله أن يختار الحرتين أو الامتين أو حرة أو أمة وليس للحرة اذا أسلمت معه الخيار في فراقه لانها رضيت بنكاحه وهو عبد ولم يتجدد رقه بالاسلام ولا تجددت حريتها بذلك فلم يكن له اختيار كما لو تزوجت معيب تعلم عيبه ثم أسلما . وذكر القاضي وجها أن لها الخيار لان الرق عيب تجددت أحكامه بالاسلام فكأنه عيب حادث والاول أصح فان الرق لم يزل عيبا ونقصاً عند العقلاء ولم يتجدد نقصه بالاسلام فهو كسائر العيوب .

(فصل ولو أسلم وتحته أربع حرائر ثم أعتق ثم أسلمن في عدتهن أو أسلمن قبله ثم اعتق ثم أسلم ثبت نكاح الاربع لانه ممن يجوز له الاربع في وقت اجتماع اسلامهم لانه حر، فأما ان أسلموا كلهم ثم أعتق قبل أن يختار لم يكن له أن يختار الا اثنتين لانه كان عبداً حين ثبت له الاختيار وهو حال اجتماعهم على الاسلام فتغير حاله بعد ذلك لايغير الحكم كمن أسلم وتحته اماء فأسلمن معه ثم أيسر ولو أسلم معه اثنتان ثم أعتق ثم أسلم الباقيتان لم يختر الا اثنتين لانه ثبت له الاختيار باسلام الاوليين

(فصل) فان تزوج أربعا من الاماء فأسلمن وأعتقن قبل اسلامه فلهن فسخ النكاح لانهن عتقن

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان كانت ثيباً وادعى انه يصل اليها أخلي معها في بيت وقيل له أخرج ماءك على شيء فان ادعت انه ليس بمني جعل على النار فان ذاب فهو مني وبطل قولها، وقد روي عن أبي عبدالله رحمه الله رواية أخرى ان القول قوله مع يمينه)

اختلفت الرواية عن أبي عبدالله رحمه الله في هذه المسئلة فحكى الخرقي فيها روايتين (إحداهما) انه يخلى معها ويقال أخرج ماءك على شيء فان أخرجه فالقول قوله لان العنين يضعف عن الانزال فاذا أنزل تبينا صدقه فنحكم به وهذا مذهب عطاء، فان ادعت انه ليس بمني جعل على النار فان ذاب فهو مني لانه شبيه ببياض البيض وذلك اذا وضع على النار تجمع ويبس وهذا يذوب فيتميز بذلك أحدهما من الآخر فيختبر به، وعلى هذا متى عجز عن إخراج مائه فالقول قول المرأة لان الظاهر معها (والرواية الثانية) القول قول الرجل مع يمينه وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب

تحت عبد وانما ملكن الفسخ وإن كن جاريات إلى بينونة لانه قد يسلم فيقطع جريانهن الى البينونة، فاذا فسخن ولم يسلم الزوج بن باختلاف الدين من حين أسلمن وتبين أن الفسخ لم يصح، وإن أسلم في العدة بن بفسخ النكاح وعليهن عدة الحرائر في الموضعين لانهن ههنا وجبت عليهن العدة وهن حرائر وفي التي قبلها عتقن في أثناء العدة التي يكن للزوج تلافي النكاح فيها فأشبهن الرجعية فان أخرن الفسخ حتى اسلم الزوج فهن كالرجعية إذا عتقت وأخرت الفسخ لان تركهن الفسخ اعتماد على جريانهن إلى البينونة فلم يتضمن الرضا بالنكاح، ولو أسلم قبلهن ثم أعتقن فاخترن الفسخ صح لانهن اماء عتقن تحت عبد وهذا ظاهر مذهب الشافعي

وقال بعضهم لاخيار لهن لانه لاحاجة بهن إلى الفسخ لكونه يحصل باقامتهن على الشرك بخلاف التي قبلها وليس بصحيح فان السبب متحقق وقد يبدو لهن الاسلام وهو واجب عليهن، فان قيل فاذا أسلمن اخترن الفسخ قلنا يتضررن بطول العدة فان ابتداءها من حين الفسخ ولذلك ملكن الفسخ فيما اذا أسلمن وعتقن قبله، فأما إن اخترن المقام وقلن قد رضينا بالزوج فذكر القاضي أنه يسقط خيارهن لانها حالة صح فيها اختيار الفسخ فصح فيها اختيار الاقامة كحال اجتماعهم على الاسلام. وقال أصحاب الشافعي لا يسقط اختيارهن لان اختيارهن الاقامة ضد الحالة التي هن عليها وهي جريانهن إلى البينونة فأشبه مالو ارتدت الرجعية فراجعها الزوج حال ردتها وهذا يبطل بما اذا قال اذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ثم عتقت فاختارت زوجها

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (فان أسلم وتحته اماء فاسلمن معه وكان في حال اجتماعهم على الاسلام ممن تحل له الاماء فله الاختيار منهن والا فسد نكاحهن

اذا كان في حال اجتماعهم على الاسلام عادما للطول خائفا للعنت فله أن يختار منهن واحدة فان

الرأي وابن المنذر لان هذا مما يتعذر اقامة البينة عليه ويجب أن يكون فإن دعواه سلامة العقد وسلامة نفسه من العيوب والاصل السلامة فكان القول قوله كالمنكر في سائر الدعاوى وعليه اليمين على صحة ما قال وهذا قول من سمينا ههنا لان قوله محتمل الكذب فقوينا قوله بيمينه كما في سائر الدعاوى التي يستحلف فيها فان نكل قضي عليه بنكوله ، ويدل على وجوب اليمين عليه قول النبي ﷺ « ولكن اليمين على المدعى عليه »

قال القاضي ويتخرج أن لا يستحلف بناء على انكاره دعوى الطلاق فان فيها روايتين كذا ههنا ، والصحيح ماقال الخرقي لدلالة الخبر والمعنى عليه ، وروي عن أحمد رواية ثالثة ان القول قول المرأة مع يمينها حكاها القاضي في المجرد لان الاصل عدم الاصابة فكان القول قولها لان قولها موافق الاصل واليقين معها ، وفي كل موضع حكمنا بوطئه بطل حكم عنته فان كان في ابتداء الامر لم تضرب له

كانت لا نفقة فله أن يختار منهن من نفقة في احدى الروايتين والاخرى لا يختار الا واحدة وهو مذهب الشافعي وتوجيهها قد مضى ذكره وان عدم فيه الشرطان انفسخ النكاح في الكل ولم يكن له خيار وبهذا قال الشافعي وقال أبو ثور له أن يختار منهن لان استدامة العقد لا ابتداء له بدليل أنه لا يشترط شروط العقد أشبه الرجعة

ولنا أن هذه امرأة لا يجوز ابتداء العقد عليها حال الاسلام فلم يملك اختيارها كالمعتدة من غيره وذوات محارمه ، وأما الرجعة فهي قطع جريان النكاح الى البينونة وهذا اثبات النكاح في امرأة فان كان دخل بهن ثم أسلم ثم أسلمن في عدتهن فالحكم كذلك وقال أبو بكر لا يجوز له ههنا اختيار بل يبين بمجرد اسلامه لئلا يفضي الى استدامة نكاح مسلم في أمة كافرة

ولنا أن اسلامهن في العدة كاسلامهن معه وان لم يسلمن الا بعد العدة انفسخ نكاحهن ان كن كتابيات لانه لا يجوز استدامة النكاح في أمة كتابية

﴿ مسئلة ﴾ (فان أسلم وهو موسر فلم يسلمن حتى أعسر فله الاختيار منهن لان شرائط النكاح تعتبر في وقت الاختيار)

وان أسلم وهو معسر فلم يسلمن حتى أيسر فليس له الاختيار لذلك وان أسلمت احداهن وهو موسر ثم أسلم البواقي بعد إعساره لم يكن له أن يختار منهن شيئا لان وقت الاختيار دخل باسلام الأولى ألا ترى أنه اذا كان معسر كان له اختيارها فاذا كان موسراً بطل اختياره، وان أسلمت الاولى وهو معسر فلم يسلم البواقي حتى أيسر لزم نكاح الاولى ولم يكن له الاختيار من البواقي لان الأولى اجتمعت معه في حال يجوز ابتداء نكاحها بخلاف البواقي، ولو أسلم وأسلمن معه وهو معسر فلم يختر حتى أيسر كان له أن يختار لان ثبوت حال الاختيار كان له ذلك فتغير حاله لا يسقط ماثبت كما لو تزوج أو اختار ثم أيسر لم يحرم عليه استدامة النكاح

مدة وان كان بعد ضرب المدة انقطعت وان كان بعد انقضائها لم يثبت لها خيار، وكل موضع حكمنا بعدم الوطء منه ثبت حكم عنته كما لو أقر بها، واختار أبو بكر انه يزوج امرأة لها حظ من الجمال وتعطى صداقها من بيت المال ويخلى معها وتسئل عنه ويؤخذ بما تقول فان أخبرت انه يطأ كذبت الاولى، والثانية بالخيار بين الاقامة والفسخ وصداقها من بيت المال وان كذبته فرق بينه وبينهما وصداق الثانية من ماله ههنا لما روي ان امرأة جاءت إلى سمرة فشكت اليه انه لا يصل اليها زوجها فكتب إلى معاوية فكتب اليه: أن زوجه بامرأة ذات جمال يذكر عنها الصلاح وسق اليها المهر من بيت المال عنه فان أصابها فقد كذبت وان لم يصبها فقد صدقت ففعل ذلك سمرة فجاءت المرأة فقالت ليس عنده شيء ففرق بينهما

وقال الاوزاعي: يشهده امرأتان ويترك بينهما ثوب ويجامع امرأته فاذا قام عنها نظرتا إلى فرجها فان كان فيه رطوبة الماء فقد صدق والا فلا، وحكي عن مالك مثل ذلك الا انه اكتفى بواحدة والصحيح ان القول قوله كما لو ادعى الوطء في الايلاء ولما قدمنا واعتبار خروج الماء ضعيف لانه قد

﴿ مسئلة ﴾ (وان اسلمت احداهن بعده ثم عتقت ثم أسلم البواقي فله الاختيار منهن لان العبرة بحالة الاختيار وهي حالة اجتماعهم على الاسلام وحالة اجتماعها على الاسلام كانت أمة، وان عتقت احداهن ثم أسلمت ثم أسلم البواقي لم يكن له أن يختار من الاماء لانه ملك لعصمة حرة حين اجتماعها على الاسلام.

(فصل) فان أسلم وأسلمت معه واحدة منهن وهو ممن يجوز له نكاح الاماء فله أن يختار من أسلمت معه لان له أن يختارها لو أسلمن كلهن فكذلك اذا أسلمت وحدها وان أحب انتظار البواقي جاز لان له غرضا صحيحا وهو أن يكون عنده من هي أبر عنده من هذه فان انتظرهن فلم يسلمن حتى انقضت عدتهن تبين أن نكاح هذه كان لازما وبن البواقي منذ اختلف الدينان وان أسلمن في العدة اختار منهن واحدة وانفسخ نكاح الباقيات من حين الاختيار وعددهن من حين الاختيار، وان أسلم بعض دون بعض بن اللاتي لم يسلمن منذ اختلف الدينان والبواقي من حين اختياره، وان اختار التي أسلمت معه حين أسلمت انقطعت عصمة البواقي وثبت نكاحها، فان أسلم البواقي في عدة تبين أنهن بن منه باختياره وعدتهن من حينئذ، وان لم يسلمن بن باختلاف الدين وعدتهن منه. وان طلق التي أسلمت معه طلقت وكان اختياراً لها وحكم ذلك حكم مالو اختارها صريحاً لان ايقاع طلاقه عليها يتضمن اختيارها، فأما ان اختار فسخ نكاحها لم يكن له لان الباقيات لم يسلمن معه فلم يزد العدد على ماله امساكه في هذه الحال لاينفسخ نكاحها. ثم ننظر فان لم يسلم البواقي لزمه نكاحها وان أسلمن واختار منهن واحدة انفسخ نكاح الاولى معهن. فان اختار الاولى التي فسخ نكاحها صح اختياره لها لان فسخه لنكاحها ما صح

وفيه وجه آخر ذكره القاضي انه لايصح اختياره لها لان فسخه انما لم يصح مع إقامة البواقي على

يطأ ولا ينزل وقد ينزل من غير وطء فان ضعف الذكر لا يمنع سلامة الظهر ونزول الماء وقد يعجز السليم القادر عن الوطء في بعض الاحوال، وليس كل من عجز عن الوطء في حال من الاحوال أو وقت من الاوقات يكون عنينا ، ولذلك جعلنا مدته سنة، وتزوجه بامرأة ثانية لا يصح لذلك أيضا ولانه قد يعن عن امرأة دون أخرى ، ولان نكاح الثانية ان كان مؤقتا أو غير لازم فهو نكاح باطل والوطء فيه حرام وان كان صحيحا لازما ففيه إضرار بالثانية ولا ينبغي أن يقبل قولها لانها تريد بذلك تخليص نفسها فهي متهمة فيه وليست بأحق أن يقبل قولها من الاولى ، ولان الرجل لو أقر بالعجز عن الوطء في يوم أو شهر لم تثبت عنته بذلك ، وأكثر ما في الذي ذكروه ان يثبت عجزه عن الوطء في اليوم الذي اختبروه فيه فاذا لم تثبت عنته باقراره بعجزه فلأن لا تثبت بدعوى غيره ذلك عليه اولى

(مسئلة) قال (واذا قال الخنثى المشكل أنا رجل لم يمنع من نكاح النساء ولم يكن له أن ينكح بغير ذلك بعد وكذلك لو سبق فقال أنا امرأة لم ينكح إلا رجلا)

والخنثى هو الذي في قبله فرجان : ذكر رجل وفرج امرأة لا يخلو من أن يكون ذكراً أو أنثى ، قال الله تعالى (وأنه خلق الزوجين الذكر والانثى) وقال تعالى (وبث منهما رجالا كثيراً ونساء)

الكفر حتى تنقضي العدة لأنا تبينا أن نكاحها كان لازما فاذا أسلمن لحق اسلامهن بتلك الحال فصار كأنهن أسلمن في ذلك الوقت فاذا فسخ نكاح إحداهن صح الفسخ ولم يكن له أن يختارها . وهذا يبطل بما لو فسخ نكاح إحداهن قبل اسلامها فانه لا يصح ولا يجعل اسلامهن الموجود في الثاني كالموجود سابقا كذلك ههنا

(مسئلة) (وان أسلم وتحته حرة وإماء فأسلمت الحرة في عدتها قبلهن أو بعدهن انفسخ نكاحهن)

إذا أسلم وتحته حرة وإماء ففيه ثلاث مسائل (إحداهن) أسلم وأسلمن معه كلهن فانه يلزمه نكاح الحرة وينفسخ نكاح الاماء لانه قادر على الحرة فلا يختار أمة . وقال أبو ثور له أن يختار وقد مضى الكلام معه (الثانية) أسلمت الحرة معه دون الاماء فثبت نكاحها وانقطعت عصمة الاماء فان لم يسلمن حتى انقضت عددهن بن باختلاف الدين وابتداء عددهن من حين أسلم، وان أسلمن في عددهن بن من حين اسلام الحرة وعددهن من حين اسلامها . فان ماتت الحرة بعد اسلامها لم يتغير الحكم بموتها لان موتها بعد ثبوت نكاحها وانفساخ نكاح الاماء لا يؤثر في اباحتهن

(الثالثة) أسلم الاماء دون الحرة وهو معسر فلا يخلو اما ان تنقضي عدتها قبل إسلامها فتبين باختلاف الدين وله أن يختار من الاماء لانه لم يقدر على الحرة أو تسلم في عدتها فيثبت نكاحها ويبطل نكاح الاماء كما لو أسلمن دفعة واحدة ليس له أن يختار من الاماء قبل اسلامها وانقضاء عدتها لأنا لا نعلم أنها لا تسلم فان طلق الحرة ثلاثا قبل اسلامها ثم لم تسلم لم يقع الطلاق ولانا تبينا أن النكاح

فليس ثم خلق ثالث، ولا يخلو الخنثى من أن يكون مشكلا أو غير مشكل فان لم يكن مشكلا بأن تظهر فيه علامات الرجال فهو رجل له أحكام الرجال أو تظهر فيه علامات النساء فهو امرأة له أحكامهن، وإن كان مشكلا فلم تظهر فيه علامات الرجال ولا النساء فاختلف أصحابنا في نكاحه فذكر الخرقي أنه يرجع إلى قوله فان ذكر أنه رجل وأنه يميل طبعه إلى نكاح النساء فله نكاحهن، وإن ذكر أنه امرأة يميل طبعه إلى الرجال زوج رجلا لانه معنى لا يتوصل اليه إلا من جهته وليس فيه إيجاب حق على غيره فقبل قوله فيه كما يقبل قول المرأة في حيضها وعدتها، وقد يعرف نفسه بميل طبعه إلى أحد الصنفين وشهوته له فان الله تعالى أجرى العادة في الحيوانات بميل الذكر إلى الانثى وميلها اليه وهذا الميل أمر في النفس والشهوة لا يطلع عليه غيره وقد تعذرت علينا معرفة علاماته الظاهرة فرجع فيه الى الامور الباطنة فيما يختص هو بحكمه .

وأما الميراث والدية فان أقر على نفسه بما يقلل ميراثه أو ديته قبل منه ، وإن ادعى ما يزيد ذلك لم يقبل لانه متهم فيه فلا يقبل قوله على غيره ، وما كان من عباداته وسترته وغير ذلك فينبغي أن يقبل قوله فيه لانه حكم بينه وبين الله تعالى قال القاضي ويقبل قوله في الامامة وولاية النكاح وما لا يثبت حقا على غيره ، واذا زوج امرأة أو رجلا ثم عاد فقال خلاف قوله الاول لم يقبل في التزويج بغير الجنس الذي زوجه أولا لأنه مكذب لنفسه ومدع ما يوجب الجمع بين تزويج الرجال والنساء

انفسخ باختلاف الدين وله الاختيار من الاماء ، وان أسلمت في عدتها بان أن نكاحها كان ثابتا ووقع فيه الطلاق وبان الاماء بثبوت نكاحها قبل الطلاق

(فصل) فان أسلم وتحته إماء وحرة فأسلمن ثم عتقن قبل اسلامها لم يكن له أن يختار منهن لان نكاح الامة لا يجوز لقادر على حرة وإنما يعتبر حالهن حال ثبوت الاختيار وهو حالة اجتماع اسلامه واسلامهن ثم ينظر فان لم تسلم الحرة فله الاختيار منهن ولا يختار الا واحدة اعتبارا بحالة اجتماع اسلامه واسلامهن، وان أسلمت في عدتها ثبت نكاحهن وانقطعت عصمتهن فان كان قد اختار واحدة من المعتقات في عدة الحرة ثم لم تسلم فلا عبرة باختياره لان الاختيار لا يكون موقوفا، فأما ان عتقن قبل أن يسلمن ثم أسلمن واجتمعن معه على الاسلام وهن حرائر فان كان جميع الزوجات أربعا فما دون ثبت نكاحهن وان كن زائدات على أربع فله أن يختار منهن أربعا وتبطل عصمة الخامسة لأنهن صرن حرائر في حالة الاختيار وهي حالة اجتماع اسلامه واسلامهن فصار حكمهن حكم الحرائر الاصليات وكما لو أعتقن قبل اسلامه واسلامهن وان أسلمن قبله ثم أعتقن ثم أسلم فكذلك ويكون الحكم في هذا كما لو أسلم وتحته خمس حرائر أو أكثر على ما مر تفصيله

(فصل) ولو أسلم وتحته خمس حرائر فأسلم معه منهن اثنتان احتمل أن يجبر على اختيار إحداهما لانه لابد ان يلزمه نكاح واحدة منهما فلا معنى لاعتبار البواقي فاذا اختار واحدة ولم يسلم البواقي

لكن ان تزوج امرأة ثم قال أنا امرأة انفسخ نكاحه لاقراره ببطلانه ولا يقبل قوله في سقوط المهر عنه ، وإن تزوج رجلا وقال أنا رجل لم يقبل قوله في فسخ نكاحه لان الحق عليه وهذا قول الشافعي ، وقال ابو بكر لايجوز أن يتزوج حتى يبين أمره وذكره نصاً عن أحمد في رواية الميموني وهذا الذي ذكره أبو اسحاق مذهبا للشافعي وذلك لانه لم يتحقق وجود مايبيح له النكاح فلم يبح له كما لو اشتبهت عليه أخته بنسوة وكما لو لم يقل اني رجل ولا امرأة ولان قوله لا يرجع اليه في شيء من أحكامه من الميراث والدية وغيرهما في نكاحه ولانه لايعرف نفسه كما لايعرفه غيره ولانه قد اشتبه المباح بالمحظور في حقه فحرم كما ذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا أصاب الرجل أو أصيبت المرأة بعد الحرية والبلوغ بنكاح صحيح وليس واحد منهما بزائل العقل رجما اذا زنيا والمسلم والكافر الحران فيما وصفت سواء)

ذكر الخرقي رحمه الله في هذا الباب شرائط الاحصان ليبني عليه تأخره الى الحدود فانه أخص به والله أعلم

لزمه نكاح الثانية وكذلك ان لم يسلم من البواقي الا اثنتان لزمه نكاح الاربع ، وان أسلم الجميع في العدة كلف أن يختار ثلاثا مع التي اختارها أولا وينفسخ نكاح الثانية ، وعلى هذا لو أسلم معه ثلاث كلف اختيار اثنتين ، وان أسلم معه أربع كلف اختيار ثلاث منهن اذ لامعنى لانتظار الخامسة ونكاح ثلاثة منهن لازم على كل حال ، ويحتمل أن لايجبر على الاختيار لانه انما يكون عند زيادة العدد على أربع ولم وجد ذلك ، ولذلك لو أسلمت معه من الاماء لم يجبر على اختيارها كذا ههنا قال شيخنا والصحيح ههنا أنه يجبر على اختيارها لما ذكرنا من المعنى ، وأما الامة فقد يكون له غرض في اختيار غيرها بخلاف مسئلتنا .

﴿ مسئلة ﴾ (وان أسلم عبد وتحته اماء فأسلمن معه ثم أعتق فله أن يختار منهن) لانه حالة اجتماعهم على الاسلام كان عبداً يجوز له الاختيار من الاماء

﴿ مسئلة ﴾ (وان أسلم وأعتق ثم أسلمن فحكمه حكم الحر) لا يجوز أن يختار الا بوجود الشرطين فيه لانه حالة اجتماعهم في الاسلام كان حراً فيشترط في حقه ما يشترط في حق الحر

﴿ تم بحمد الله وعونه الجزء السابع من كتابي المغني والشرح الكبير ﴾

﴿ ويليه بمشيئة الله وتوفيقه الجزء الثامن منهما وأوله (كتاب الصداق) ﴾

﴿ فهرس محتويات الجزء السابع من كتابي المغني والشرح الكبير ﴾

صفحة

صفحة

﴿ تم فهرس الجزء السابع ﴾

دار القماطي
للطباعة والنشر
ت: ٨٢٠٥٢٩